

KONSEKVENSTAP I KONTRAKTSRETEN

Med fokus på indirekte tap i kjøpsloven



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 513
Leveringsfrist: 25. april 2010

Til sammen 17986 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Rettskildebildet	3
1.2	Begrepsbruk	3
<u>2</u>	<u>VILKÅR FOR ERSTATNING</u>	<u>4</u>
2.1	Ansvarsgrunnlag	5
2.2	Årsakssammenheng	6
2.3	Adekvans	7
2.3.1	Nærmere om adekvans	7
2.4	Økonomisk tap	9
2.4.1	Generelt om prinsippene for tapsutmåling	10
<u>3</u>	<u>HVA ER KONSEKVENSTAP I ALMINNELIG KONTRAKTSRETT?</u>	<u>11</u>
3.1	Konsekvenstap	11
3.1.1	Hvorfor brukes benevnelsen ”konsekvenstap”- hvilken rettslig eller praktisk betydning har det? Eksemplifisering ved hjelp av standardkontrakter.	12
3.2	Konsekvenstap og adekvans	19
3.2.1	Hadley v Baxendale	21
3.2.2	Annen rettspraksis som illustrerer hva som menes med konsekvenstap	23
3.3	Tapsposter under konsekvenstap	25
3.3.1	Driftstap	25
3.3.2	Avsavnstap	27
3.3.3	Mislighold av kreditors egne kontrakter	28
3.3.4	Ytelsens skadevoldende egenskaper	29

<u>4</u>	<u>DIREKTE OG INDIREKTE TAP</u>	<u>31</u>
4.1	Kjøpslovens systematikk	31
4.1.1	Culpa	32
4.1.2	Kontrollansvaret	33
4.1.3	Hvorfor dekker culpaansvaret flere tap enn kontrollansvaret?	37
<u>5</u>	<u>ER SKILLET MELLOM DIREKTE OG INDIREKTE TAP SAMMENFALLENDE MED DE ALMINNELIGE PRINSIPPENE FOR KONSEKVENSTAP?</u>	<u>38</u>
5.1	Hvorfor finne ut av sammenhengen mellom indirekte tap og konsekvenstap?	38
5.1.1	Hvilken betydning har det om begrepene er like eller ulike?	39
5.2	Indirekte tap og konsekvenstap- innholdsmessig like?	41
5.2.1	Forarbeidene til kjøpsloven	41
5.2.2	Tapsposter	45
5.2.3	Kjøpsloven av 1907	49
5.2.4	Ansvarsgrunnlagenes innvirkning på konsekvenstap	51
5.2.5	Rettspraksis	53
5.2.6	Juridisk teori	57
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>61</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>

1 Innledning

Temaet for oppgaven er konsekvenstap i den alminnelige kontraktsretten. Uttrykket konsekvenstap er ikke nevnt i lovgivningen, og er således ikke legaldefinert. Slik oppgaven i det følgende vil vise, benyttes begrepet i teorien, samt i kontrakter.

Et erstatningskrav i den alminnelige kontraktsretten forutsetter at det foreligger et ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og et økonomisk tap. Konsekvenstap er en av flere tapsposter i utmålingen av det økonomiske tapet. Begrepet er likevel uklart: Slik redegjørelsen under punkt 3.1.1 vil vise, har man i praksis ingen klar oppfatning av hva som ligger i konsekvenstap, bortsett fra at det er en måte å begrense erstatningsansvaret på. Kontraktpartene bruker gjerne en sammenblanding av en rekke uttrykk for å avskjære et eventuelt erstatningsansvar, uten å være bevisst på hva begrepene faktisk omfatter.

Som en mulig definisjon av konsekvenstap, kan det sies at dette tapet er en fjern eller en mer avledet følge eller konsekvens av kontraktsbruddet,¹ enn de tapene som ligger i kjerneområdet for erstatningsutmålingen. Eksempler på slike konsekvenstap kan være at den parten som rammes av misligholdet, på grunn av dette mister en kontrakt han selv hadde inngått, eller at driften hos den skadelidende part stanser opp. I den videre fremstillingen vil jeg klarlegge begrepet nærmere, blant annet ved å redegjøre for de ulike tapspostene som faller inn under konsekvenstap, samt belyse hvordan konsekvenstap er regulert i noen utvalgte standardkontrakter.

I og med at konsekvenstapet således ikke oppstår som en direkte følge av kontraktsmisligholdet, reiser bedømmelsen av tapet spesielle vanskeligheter knyttet til adekvansvilkåret: En vurdering av adekvat årsakssammenheng tar stilling til om det

¹ Hagstrøm (2003) s. 543

oppståtte tapet har en rimelig nær tilknytning til kontraktsbruddet. I mange tilfeller kan det være vanskelig å bevise at det aktuelle konsekvenstapet er en adekvat følge av kontraktsbruddet på grunn av tapets avledede karakter. Konsekvenstap regnes likevel i utgangspunktet som en adekvat tapspost, og erstattes følgelig som et hvilket som helst annet økonomisk tap.

Konsekvenstapets indirekte karakter gjør at det ofte assosieres med såkalte indirekte tap, som er lovfestet i en rekke lover. En stor del av oppgaven vil således dreie seg om sontringen mellom direkte og indirekte tap, hovedsakelig slik det er kommet til uttrykk i lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27 (heretter forkortet kjøpsloven/ kjl.). Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93 kunne også vært drøftet, men da den i stor grad er bygget over samme lest som kjøpsloven, velger jeg å ikke behandle denne nærmere.

Det tradisjonelle konsekvenstapet er et begrep som altså er blitt anvendt i alminnelig kontraktsrett i lang tid. I 1988 introduserte kjøpsloven indirekte tap. En sentral problemstilling vil således være om det lovfestede skillet mellom direkte og indirekte tap er sammenfallende med de alminnelige prinsippene for konsekvenstap. Avslutningsvis vil jeg vurdere om sontringen mellom direkte og indirekte tap kan, og bør, gis analogisk anvendelse på kontraktsforhold utenfor kjøpsloven.

Grunnen til at det er interessant å sammenholde indirekte tap og konsekvenstap, er at begrepene fremstår som like, mye på grunn av at konsekvenstap ikke er et klart fastlagt begrep. En hensiktsmessig måte å tilnærme seg disse begrepene på, er nettopp å anlegge et komparativt perspektiv. Hvis indirekte tap faktisk innebærer det samme som konsekvenstap, kan det hevdes at sistnevnte begrepet er overflødig.²

² Se mer under punkt 5.1

1.1 Rettskildebildet

Oppgavens emne er altså konsekvenstep i kontraktsretten. Erstatning i kontraktsretten er i stor grad basert på ulovfestede prinsipper. De alminnelige vilkårene for erstatning, som jeg kommer til under punkt 2, er utpenslet gjennom fast og langvarig rettspraksis. Rettspraksis og juridisk teori vil således være sentrale kilder i den videre fremstillingen. Vilåårene har imidlertid også kommet til uttrykk enkelte steder i lovgivningen. Når jeg kommer til skillet mellom direkte og indirekte tap vil jeg derfor, som nevnt innledningsvis, ta for meg dette skillet slik det er nedfelt i kjøpsloven.

Flere av lovene på kontraktsrettens område er blitt til gjennom et nært nordisk samarbeid, som for eksempel kjøpsloven. Kjøpsloven er en transformasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp fra 1980 (CISG), jfr. kjl. kap. XV. Man tilstreber nordisk rettsenhet på obligasjonsrettens område, og av den grunn er nordisk rettspraksis og litteratur relevante kilder.

1.2 Begrepsbruk

I det følgende bruker jeg begrepene debitor og kreditor henholdsvis om den misligholdende part og skadelidte. Debitor skal yte in natura, mens kreditor oppfyller sin del av avtalen ved å betale for ytelsen.

2 Vilkår for erstatning

I den alminnelige kontraktsretten er erstatningsansvar ved misligholdt kontrakt betinget av at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at det er adekvat årsakssammenheng mellom misligholdet og tapet, og at tapet er av økonomisk karakter.³

Kravet til adekvat årsakssammenheng kan inndeles i et vilkår om adekvans og et om årsakssammenheng. I den videre fremstillingen finner jeg det også mer hensiktsmessig å redegjøre for disse vilkårene separat, da jeg skal gå dypere inn på adekvansvilkåret.

I formen er de fire vilkårene er i stor grad sammenfallende med vilkårene for erstatningsansvar i den alminnelige erstatningsretten, altså deliktserstatning. Den nærmere vurderingen av disse vilkårene er imidlertid ulik, noe som blant annet er begrunnet i at hensynene bak rettsområdene er forskjellige.

I skadeserstatningsretten er målet å plassere risikoen i det enkelte tilfelle hos den det er rimelig at bærer den, og prevensjon og reparasjon er bærende hensyn.⁴ I kontraktsretten er formålet med erstatningsreglene ”å skape et oppfyllelsespress”.⁵ Det er i sistnevnte tilfelle mer korrekt å tale om et ”oppmuntringshensyn”⁶ heller enn et prevensjonshensyn. Ved hjelp av reglene om erstatning, skal debitor oppmuntres til kontraktsmessig oppfyllelse, ellers risikerer han å måtte kompensere kreditors økonomiske tap.

Reparasjonshensynet kan heller drøftes som en ”fri risikovurdering.”⁷ I denne vurderingen stilles spørsmålet om rimelighet og rettferdighet tilsier at debitor, som ikke oppfylte sin kontraktsforpliktelse, bærer det økonomiske tapet.

³ Hagstrøm (2003) s. 450

⁴ Krüger (1989). s. 779

⁵ Hagstrøm (2003) s. 450

⁶ Krüger (1989) s. 780

⁷ l.c

2.1 Ansvarsgrunnlag

Den alminnelige regelen for ansvarsgrunnlaget er at skadevolder må ha utvist subjektiv skyld; culpa. Det foretas en aktsomhetsvurdering av hans opptreden for å se om det på hans side er begått feil eller forsømmelser ved den kontraktsmessige oppfyllelsen. Culpa kan foreligge på to stadier; enten ved kontraktsinngåelsen (culpa in contrahendo), eller under oppfyllelsen (culpa in contractu). Det er i all hovedsak culpa in contractu avhandlingen konsentrerer seg om.

Kruse skriver at selv om culpa regelen ikke er uttrykt i noen lovregel, forutsetter "(...) adskillige lovbestemmelser (...) dens eksistens, når de inden for deres område fastslår, at der ifaldes erstatningsansvar f.eks. for "fejl", forsømmelse" og "skyld".⁸ Det samme gjelder i norsk rett.

Motstykket til culpaansvaret, er det ulovfestede objektive ansvaret med unntak for force majeure. Dette ansvaret er ikke betinget av skyld. Tradisjonelt er objektivt ansvar beholdt genusytelser;⁹ dette er dog i ferd med å endre seg.¹⁰ Det objektive ansvaret søker å legge risikoen for tapet på den som er nærmest til å bære det, uavhengig av skyld. Etter hvert har imidlertid *kontrollansvaret*, slik det er nedfelt i kjl. § 27, i større grad tatt over for det tradisjonelle objektive ansvaret. § 27 (1) sier at kjøperen kan kreve erstattet det tap han lider på grunn av forsinkelse fra selgerens side. Selgeren kan likevel bli fri for ansvar dersom han "godtgjør at forsinkelsen skyldes hindring utenfor hans kontroll som han ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av," jfr. § 27 (1). De samme vilkårene gjelder i mangelstilfellene, jfr. kjl. § 40 (1).

Misligholdende part holdes ansvarlig for hindringer som oppstår innenfor hans kontrollsfære, og som følgelig umuliggjør en kontraktsmessig oppfyllelse. Det er antatt at

⁸ Kruse (1989) s. 29

⁹ Augdahl (1978) s. 223

¹⁰ Hagstrøm (2003) s. 504

dersom debitor har hatt påvirknings- eller kontrollmulighet over hendelsesforløpet, er tapene innenfor hans kontrollsfære.¹¹ De tapene skadevolder må dekke etter kontrollansvaret, er færre enn de han må dekke om ansvaret oppstilles på grunnlag av culpa. Sondringen mellom direkte og indirekte tap har en direkte sammenheng med hvilket ansvarsgrunnlag som er oppstilt. Dette fremgår også av kjl. § 27, jfr. § 67. Hvilke tap som dekkes av de ulike ansvarsgrunnlagene, kommer jeg til i punkt 4.1.

Flere typer ansvarsgrunnlag kunne her vært nevnt, som for eksempel kontraktshjelperansvar, garantiansvar og tilsikringsansvar. Sistnevnte kan sies å være en spesiell form for garantiansvar. For oppgavens vedkommende er imidlertid culpa- og kontrollansvar de sentrale ansvarsgrunnlagene, og jeg går derfor ikke nærmere inn på de øvrige grunnlagene.

2.2 Årsakssammenheng

Det må foreligge årsakssammenheng mellom tapet og misligholdet. Dette er årsakssammenheng i rent teknisk forstand- det må foreligge en kausal forbindelse mellom debtors mislighold og tapet.¹²

Her sondres det gjerne mellom *positiv* og *negativ kontraktsinteresse*.¹³ Tilkjennes skadelidte den positive kontraktinteresse, stilles han økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse. Den negative kontraktsinteresse dekker de utgiftene skadelidte har hatt som følge av at han har stolt på kontrakten; økonomisk stilles han som om kontrakten aldri var inngått.

I utgangspunktet er det den positive interesse som tilkjennes dersom det statueres et erstatningsansvar på grunn av kontraktsmislighold, mens den negative kontraktsinteresse er forbeholdt de ugyldige avtalene. Denne sondringen gjør det lettere å luke ut de tap som

¹¹ *ibid.* s. 487

¹² Kruse (1989) s. 57

¹³ Hagstrøm (2003) s. 520

ikke står i *direkte* sammenheng med misligholdet, ettersom en vurdering av de tapspostene som faller inn under den negative kontraktsinteresse, dermed ikke er forårsaket av misligholdet.¹⁴

2.3 Adekvans

Årsakssammenhengen må videre være adekvat. Dette uttrykkes ofte som at årsakssammenhengen må ha vært påregnelig. Uttrykket er imidlertid noe upresist; adekvansvurderingen tar heller *utgangspunkt* i en "påregnelighetsbetraktning".¹⁵

Adekvanslæren har betydning for de mer fjerntliggende tap som ikke fremsto som sannsynlige for misligholder. Jo fjernere fra misligholdet et tap er, desto mer skal det til for å påvise at tapet er en adekvat følge av misligholdet. Konsekvenstap er et tap som har en slik karakter. I skadeserstatning er tapets størrelse et sentralt moment ved adekvansvurderingen. I kontraktsretten er derimot også store tap ansett for å være adekvate, og ved brudd på næringskontrakter oppstår det gjerne store tap.

Når det gjelder tidspunktet for adekvansvurderingen, er det avhengig av om ansvaret oppstilles på culpa- eller objektivt grunnlag.¹⁶ Anvendes førstnevnte ansvarsgrunnlag, foretas vurderingen ut i fra det tidspunktet da den misligholdende handlingen skjedde. Oppstilles derimot ansvar på objektivt, er det avtaleinngåelsen som er det relevante vurderingstidspunkt.

2.3.1 Nærmere om adekvans

I de følgende avsnittene vil jeg gå nærmere inn på kravet til adekvans fordi dette vilkåret fører til vanskelige grensdragninger i forhold til konsekvenstap. Dette er også grunnen til at jeg drøfter dette vilkåret adskilt fra årsakssammenheng.

¹⁴ Hagstrøm (2003) s. 520

¹⁵ *ibid.* s. 528

¹⁶ *ibid.* s. 532

Adekvanslæren innebærer at den misligholdende handling ikke bare rent teknisk må ha forårsaket tapet, men at tapet også må være påregnelig. Adekvansvurderingen søker å avskjære de atypiske utslagene et tap eller en skade kan medføre, og samtidig eliminere de mer ”avledede” ringvirkningene.¹⁷ Eller, slik Stang uttrykker det, ”[a]dækvate er de følger, som er til en viss grad sandsynlige.”¹⁸

Dette illustreres av avgjørelsen inntatt i Rt. 1959 s. 883. Saksforholdet var at et skipsaksjeselskap, som hadde gått konkurs, fremsatte et erstatningskrav overfor sitt forsikringsselskap. Kravet var begrenset til det tap skipsselskapet led som følge av at konkursboet hadde solgt et av selskapets skip. Det ble anført at skipsselskapet gikk glipp av den inntekten skipet ville brakt inn om det hadde vært i drift. Førstvoterende sier på side 886 i dommen at ”(...) jeg (...) ikke har kunnet finne det godtgjort at avhendelsen av Nestor II [det solgte skipet] har medført noe tap for rederiet, eller i hvert fall ikke noe tap som i forhold til Vesta [forsikringsselskapet] ligger innenfor området for det påregnelige. Rederiets påståtte inntektstap som følge av at det mistet fartøyet – (...) er etter min mening av en så usikker og upåregnelig karakter at den formodede tapte gevinst ikke kan komme i betraktning i forhold til Vesta.” Høyesterett kom altså frem til at tapet var såpass fjernt at Vesta ikke kunne holdes ansvarlig. (Det må imidlertid bemerkes at Vesta i denne saken ikke var ”misligholder” av kontrakten, men fikk kravet rettet mot seg i egenskap av å være forsikringsselskap).

Adekvanslæren kan sies å ha både en subjektiv og en objektiv side. Den subjektive siden tar hensyn til misligholders muligheter til å forutse tapet. Den objektive siden tar sikte på en ”normalisering” av erstatningssummen, tatt i betraktning kontraktens innhold, hvilke rimelige forventninger skadelidte kan ha, og hvilken risiko misligholder bør bære ved brudd på sine kontraktsforpliktelser.¹⁹

¹⁷ Krüger (1989) s. 820

¹⁸ Stang (1919) s. 75

¹⁹ Krüger (1989) s. 820

Adekvanslærens tosidighet beskytter både misligholder og skadelidte. Den subjektive siden ivaretar misligholder i den forstand at han ikke må svare for tap som er uforutsette følger av misligholdet. Uten den begrensningen adekvanslæren oppstiller, ville prinsippet om full erstatning ha ført til et nærmest ubegrenset ansvar, noe som ikke er ønskelig.²⁰ Det kan her også trekkes en parallell til Krügers tese om at adekvansregelen kan brukes som en bevisbyrderregel til misligholderens fordel.²¹

På den andre siden tar det objektive elementet i betraktning hvilke forventninger skadelidte med rimelighet kan påberope seg. Man vurderer altså tapet ut i fra skadelidtes ståsted.

Ansvarsgrunnlaget har innvirkning på hvor grensen for adekvans skal trekkes for de ulike tapspostene.²² Culpøs opptreden gir videre grenser for adekvans enn om ansvaret oppstilles på objektivt grunnlag. Skyldkravet for å statuere culpaansvar er uaktsomhet. Har debitor imidlertid utvist grov uaktsomhet eller forsett, tøyes grensene for adekvansen i kreditors favør.²³ I disse tilfellene er det rimelig at skadevolder dekker flere tap som kreditor har lidt, se mer om dette under punkt 4.1.3.

2.4 Økonomisk tap

Til slutt må det foreligge et konstaterbart økonomisk tap. I og med at det i kontraktsretten kun er økonomiske tap som dekkes, trekkes det en grense mot skader av ikke- økonomisk art. Hvilke tap som regnes som økonomiske tap, og som herunder faller inn under kategorien konsekvenstap, kommer jeg tilbake til under punkt 3.3.

Erstatningsberegningen bygger på den klassiske vurderingen av årsakssammenheng, som er grunnet på den såkalte differanselæren.²⁴ Her foretas det en sammenligning mellom det faktiske og et hypotetisk hendelsesforløp. Differansen mellom disse, målt i penger, utgjør

²⁰ Herre (1996) s. 321

²¹ Krüger (1989) s. 819

²² Hagstrøm (2003) s. 531. Se mer under punkt 5.2.4.

²³ *ibid.* s. 462

²⁴ Kruse (1989) s. 339 og Hagstrøm (2003) s. 518

tapet. Differanselæren er dog kritisert for å være for teoretisk.²⁵ Herre har beskrevet den som et forsøk på å utarbeide en ”(...) allmän teoretisk ram eller en formel för skadeståndets beräkning.”²⁶ Differanselæren kan fungere som en viss veiledning, uten at denne metoden uten videre skal være bestemmende for tapets størrelse.²⁷

I og med at skadelidte bare kan kreve erstattet det tap han er blitt påført på grunn av skaden, har det utviklet seg en ulovfestet lære om at det ved erstatningsutmålingen, på nærmere bestemte betingelser skal gjøres fradrag for den eventuelle berikelse skadelidte har fått gjennom misligholdet. Dette kalles *compensatio lucri cum damno*.²⁸ Poenget med dette berikelsesfradraget er at kreditor stilles økonomisk som om mislighold ikke fant sted, uten at han tjener på det.

2.4.1 Generelt om prinsippene for tapsutmåling

Skadelidtes fulle og individuelle tap erstattes. Det betyr at man foretar en konkret utmåling, og vurderer hvilke tap *denne* skadelidte har lidt, og hvilke utgifter han har pådratt seg som følge av misligholdet. Prinsippet om erstatning for det individuelle tapet har tatt over for det tidligere prinsippet noen forfeftet om erstatning for normaltapet, altså det tapet som er *vanlig* at man lider i slike tilfeller som det foreliggende.²⁹ Erstatningsutmålingen vil etter dette slå ulikt ut for det samme misligholdet, avhengig av hvem som er skadelidt. Erstatningen utmåles på domstidspunktet.

²⁵ Hagstrøm (2003) s. 518

²⁶ Herre (1996) s. 312

²⁷ Kruse (1989) s. 340

²⁸ Se Rt. 2007 s. 1415 avsnitt 51

²⁹ Lassen (1920) s. 404

3 Hva er konsekvenstap i alminnelig kontraktsrett?

I det følgende vil jeg først redegjøre generelt for konsekvenstap, deretter vil jeg ta for meg de tapspostene som typisk omfattes av konsekvenstap. Samtidig vil jeg knytte noen bemerkninger til adekvansvurderingen i tilknytning til de forskjellige postene.

3.1 Konsekvenstap

Konsekvenstap er en av flere tapsposter når det kommer til utmålingen av det økonomiske tapet. Konsekvenstap er, som nevnt innledningsvis, en avledet følge eller konsekvens av kontraktsbruddet,³⁰ uten at begrepet er nærmere fastlagt, verken i teori eller rettspraksis. Et søk³¹ blant dommer avsagt i Høyesterett, resulterer i et fåtall avgjørelser hvor uttrykket konsekvenstap er nevnt. Det er ikke gjort forsøk på å definere hva som menes med dette tapet i noen av dommene- det legges bare til grunn som et avledet økonomisk tap.

Tapets avledede karakter gjør at bedømmelsen reiser en rekke vanskelige avgrensninger og vurderinger med hensyn til kravet om adekvans. Uttrykket konsekvenstap kan imidlertid sies å være noe forvirrende. All tap som oppstår ved et kontraktsbrudd, er jo nettopp en *konsekvens* av misligholdet. Det er likevel alminnelig antatt at *konsekvenstap* knytter seg til de tap som ikke er umiddelbare følger av kontraktsbruddet. En annen tradisjonell betegnelse på konsekvenstap, er følgetap, eller erstatning for følgeskader. Det kan igjen innvendes at alle tap er *følger* av misligholdet, men med *følge* siktes det ikke til en *direkte* følge av den erstatningsbetingende handlingen, men heller til en avledet følge av denne. Det vil typisk foreligge følgetap³² dersom en maskin som produserer en viss vare, ikke leveres kontraktsmessig; følgen av dette misligholdet vil være produksjonsstans- eller tap.

De direkte tapene som oppstår etter et mislighold, er de *umiddelbare* følgene av kontraktsbruddet.³³ Motsetningsvis kan konsekvenstap karakteriseres som en *middelbar*

³⁰ Hagstrøm (2003) s. 543

³¹ Søk på "konsekvenstap" i Lovdata sin base for Høyesterettsdommer, 20.04.10

³² Helset (1995) s. 317

³³ Simonsen (1995) s. 373-374

følge av misligholdet, som kommer i andre rekke eller i annet ledd i utmålingen etter de direkte tapene.

Konsekvenstapet har altså en indirekte karakter. Ved utmålingen kommer prinsippet om individuell erstatning godt til syne, i og med at konsekvenstapene er ”partsvariable, d.v.s. at de i større utstrekning enn de direkte tap (...) vil avhenge av kreditors faktiske situasjon og hva han foretar seg.”³⁴ I og med at denne tapsposten i stor grad er avhengig av den enkelte kreditor og hvordan han har organisert sin virksomhet, er tapets innhold og omfang vanskelig å forutse. Utgangspunktet er likevel at konsekvenstap er påregnelige tap på lik linje med øvrige økonomiske tap, og erstattes således deretter.

3.1.1 Hvorfor brukes benevnelsen ”konsekvenstap”- hvilken rettslig eller praktisk betydning har det? Eksemplifisering ved hjelp av standardkontrakter.

Slik nevnt innledningsvis, benyttes uttrykket konsekvenstap spesielt i kontrakter, og det har særlig rettslig og praktisk betydning i klausuler om ansvarsfraskrivelse/-fritak i næringskontrakter. Kjøpsloven er deklatorisk, jfr. § 3, og partene kan for sin kontrakt avtale at reglene om indirekte tap ikke skal gjelde, og det kan også tenkes at kjøpsloven ikke er anvendelig på alle typer kontrakter, jfr. §§ 1 og 2. Dette gjøres ofte ved at partene inntar forbehold og klausuler om ansvarsbegrensninger om at de ikke er erstatningsansvarlige for avledede følger av et eventuelt kontraktsmishold.

Selv om partene kan avtale begrensninger i erstatningsansvaret, kan de i utgangspunktet ikke begrense ansvaret for tap den andre parten påføres på grunn av forsettlig eller grov uaktsom opptreden (dette er noe omdiskutert i teorien, uten at jeg forfølger denne diskusjonen videre i avhandlingen).³⁵ I alle tilfeller underlegges ansvarsbegrensningen en rimelighetsvurdering. Hagstrøm skriver at spesielt slike ansvarsbegrensninger som refererer

³⁴ Hagstrøm (2003) s. 543

³⁵ Hagstrøm (1996) s. 424

seg til indirekte tap i næringsvirksomhet, lettere aksepteres i praksis.³⁶ Dette begrunnes med at konsekvenstap i næringsforhold kan komme opp i store størrelsesordener, ”(...) og det ligger gjerne i de verdier som er involvert og virksomhetenes størrelse at dette generelt sett er påregnelig.” Det anføres at sterke grunner taler for at debitor unntar seg fra et slikt erstatningsansvar, ”(...) samtidig som skadelidte gjerne har oppfordring til å sikre sine egne interesser ved avbruddsforsikring o.l.”³⁷

I og med at konsekvenstap er tap av en slik karakter at dets størrelse og omfang er avhengig av hvordan kreditor har organisert sin virksomhet, er det han som er nærmest til å ha kunnskap om hvilke avledede tap som kan oppstå i tilfelle av et kontraktsmislighold. Av den grunn er det også rimelig at kreditor tegner forsikring for å sikre seg mot slike tap, noe som formodentlig ofte gjøres i næringskontrakter. Derfor er det små betenkeligheter knyttet til klausuler om ansvarsbegrensninger.

I næringslivet, spesielt i entreprise, benyttes ofte utarbeidede standardkontrakter, som inneholder lignende begrensninger av ansvaret som nevnt ovenfor. I praksis legges kontraktene til grunn nærmest som bakgrunnslovgivning, mens selve kontraktsutformingen skjer ved forhandlinger. Vanligvis henvises det fra noen bestemmelser i kontrakten til enkelte regler i standardkontraktene, slik at disse får anvendelse i kontraktsforholdet.

Som eksempel på en slik kontrakt, kan NS 8405³⁸ nevnes. Denne kontrakten gir uttrykk for hva en rekke organisasjoner i bygg- og anleggsbransjen har blitt enige om som alminnelige avtalebestemmelser når det gjelder utførelse av større bygg- og anleggsarbeider.

Punkt 36.5 i NS 8405 omhandler erstatningsansvaret som påhviler entreprenøren ved mangelfullt arbeid. Han må for det første erstatte tap som følge av skader på de delene av bygget som *ikke* er omfattet av kontrakten, men som likevel er blitt skadet som følge av en

³⁶ *ibid.* s. 470- 471

³⁷ *ibid.* s. 471

³⁸ NS 8405: 2008. Norsk bygge- og anleggskontrakt.

mangel som skyldes uaktsomhet hos entreprenøren. Har mangelen påført byggherren et økonomisk tap som ikke dekkes av de øvrige bestemmelsene i kapittel 36, kan dette tapet bare kreves erstattet dersom det har sitt grunnlag i en mangel utløst ved forsettlig eller grov uaktsom opptreden på entreprenørens side, jfr. annet avsnitt i punkt 36.5. Det betyr at i og med at det i kapittel 36 ikke er fastsatt at entreprenøren er erstatningsansvarlig også for konsekvenstap, kan slike tap kun kreves dekket i tilfelle entreprenøren har forårsaket misligholdet ved forsettlig eller grov uaktsom opptreden.

Den samme reguleringen finnes også i punktene 39.4 og 39.5, som omhandler henholdsvis erstatning ved *byggherrens* hevning, og erstatning ved *entreprenørens* hevning. Etter begge disse bestemmelsene kan byggherre og entreprenør kreve erstattet sine ”nødvendige merkostnader” på grunn av hevning, mens entreprenøren også kan kreve erstattet tapt fortjeneste for den gjenstående delen av arbeidet som bortfaller grunnet hevningen, jfr. punkt 39.5. Om konsekvenstap er en ”nødvendig merkostnad” som følge av at kontrakten heves, må vurderes konkret i den enkelte sak.

Videre har begge bestemmelsene det til felles at både byggherre og entreprenør kan kreve erstattet andre *påregnelige* tap som oppstår *etter* hevningen, forutsatt at hevningen skyldes *forsett* eller *grov uaktsomhet* hos byggherren/ entreprenøren, jfr. annet avsnitt i punktene 39.4 og 39.5. I praksis vil konsekvenstap som oftest oppstå etter hevningstidspunktet, og tapet må da oppfylle vilkåret om påregnelighet, samt skyld hos debitor.

På ett punkt ser vi imidlertid en interessant regulering; punkt 39.5 første avsnitt annen setning bestemmer at ved hevning må byggherren blant annet erstatte entreprenørens ”tap på grunn av kontraktsforpliktelser overfor underentreprenør og leverandører.” Denne tapskategorien minner sterkt om tapsposten under konsekvenstap om mislighold av kreditors egne kontrakter grunnet debtors kontraktsbrudd, se punkt 3.3.3. Ettersom denne tapsposten er særskilt nevnt i NS 8405, kan det tyde på at man ved utformingen av kontrakten ikke konsekvent har valgt å la konsekvenstap ”stå utenfor”, men heller tatt med den tapsposten under konsekvenstapet som særlig vil kunne gjøre seg gjeldende i bygg- og

anleggskontrakter. Uten denne eksplisitte reguleringen, ville tap som oppstår på grunn av entreprenørens egne underkontrakter, stå udekket av erstatningsansvaret som ellers påhviler byggherren.

Erstatningsansvaret er altså gjennomgående i NS 8405 regulert slik at de fleste tapene kan kreves dekket uten å måtte påvise noe særskilt ansvarsgrunnlag. Unntaket er konsekvenstap, som krever forsett eller grov uaktsomhet; altså culpa. Jeg kommer avslutningsvis i dette punktet tilbake til den åpenbare parallelliteten mellom denne kontraktsreguleringen, og indirekte tap som er betinget av culpaansvar i kjøpsloven.

Statens standardavtaler for IT-anskaffelser (programvare) av 1999 (heretter forkortet SSA 99)³⁹ er en annen standardkontrakt som for sitt område inneholder en klarere avgrensning av erstatningsansvaret mot indirekte tap. Denne avtalen er én av flere i serien *Statens standardavtaler*, som er utformet med henblikk mot den offentlige forvaltningens behov for ulike anskaffelser.⁴⁰ Punktene 15.2.5 og 15.3.7, som omhandler erstatningsansvar i henholdsvis forsinkelses- og mangelstilfeller, sier at kunden "(...) kan kreve erstattet ethvert dokumentert tap som med rimelighet kan tilbakeføres (...) til forsinkelsen/ mangelen, jfr. den generelle erstatningsbestemmelsen i punkt 15.5. Begge punktene utelukker selv i annet avsnitt annet indirekte tap enn tap på grunn av driftsstans/ forsinket driftsstart. Den samme begrensningen følger av punkt 15.5 annet avsnitt, som sier at "[e]rstatning for andre indirekte tap enn tap som følge av forsinket driftsstart eller driftsavbrudd" bare kan kreves dersom leverandøren har opptrådt *forsettlig eller grovt uaktsomt*.

I likhet med NS 8405, avgrenser også SSA mot indirekte tap. SSA tar imidlertid med én tapspost som også typisk faller inn under konsekvenstap, nemlig driftsavbrudd. Dette er parallelt til NS 8405 sin regulering, som, slik nevnt over, uttrykkelig tar med mislighold av entreprenørens underkontrakter. Begge disse kontraktene har således tatt med den ene

³⁹ Statens standardavtale om utvikling av programvare, 1999.

⁴⁰ Se forordet til SSA 99

tapsposten som presumptivt er praktisk og aktuell for den type avtaler som reguleres i de respektive kontraktene. Ved å avgrense mot øvrige konsekvenstap ved å oppstille vilkår om forsettlig eller grovt uaktsom opptreden for å kreve dette tapet erstattet, har man således beskyttet seg mot uforutsigbare tap, som potensielt kan bli store.

Norsk Fabrikasjonskontrakt av 2007 (heretter benevnt NF 07) regulerer standardvilkår når det gjelder produksjon av komponenter til petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel.⁴¹ Kontrakten avgrenser også mot indirekte tap, i likhet med de to ovennevnte standardene. Forskjellen ligger i at indirekte tap ikke omfattes av NF 07 i det hele tatt, uavhengig av om det er utvist forsettlig eller grovt uaktsom opptreden, jfr. artikkel 32, som sier at partene skal holde hverandre ”skadesløse” for sine indirekte tap.

Standardavtale om systemutviklingsprosjekt⁴² er utgitt av IKT-Norge, som er ikt-næringens interesseorganisasjon. Avtalen er beregnet på større utviklingsprosjekter.⁴³ Avtalens punkt 16.4 omhandler erstatning i tilfelle leverandøren eller kunden misligholder sine forpliktelser, slik disse er regulert i punktene 16.2, 16.3.1 og 16.3.2. Litra b stadfester derimot at ”[t]ap av fortjeneste, indirekte tap, konsekvenstap og følgeskader [ikke] dekkes (...)”. Her har man tatt med alle mulige benevnelser for å være sikret mot slike erstatningskrav. Begrensningen i litra b faller dog bort dersom det er utvist *forsett* eller *grov uaktsomhet*, jfr. punkt 16.4 annet avsnitt.

Hvorfor det er foretatt en slik totaldekning, eller ”beskyttelse”, fremgår ikke. Ei heller er det enkelt å vurdere om man ved å bruke både indirekte tap og konsekvenstap, har ment å dekke ulike typer tap, og om dette er en konsekvent formulering. Konsekvenstap dekker jo nettopp følgeskader, som også eksplisitt er nevnt. Dét tyder på at man har gjort et forsøk på å helgardere seg mot alle mulige avledede tap, uten å ta stilling til om begrepene faktisk innebærer samme type tap.

⁴¹ <http://www.snl.no/fabrikasjonskontrakt> (Store Norske Leksikon ved Askheim).

⁴² 4. versjon, revidert august 2005.

⁴³ <http://www.ikt-norge.no/STANDARD-AVTALER/Standardavtaler/Standardavtale-5---om-systemutviklingsprosjekt/>

Betegnelsen som brukes i SSA 99 og NF 07 er riktignok indirekte tap, og ikke konsekvenstap, mens NS 8405 ikke bruker noen av disse begrepene. Simonsen⁴⁴ synes å anlegge det synspunkt at med indirekte tap, sikter standardene til konsekvenstap. Brukes terminologien og inndelingen som Simonsen selv bruker når han kaller den umiddelbare følgen av et mislighold for ”primærskaden”,⁴⁵ er det neppe noen innholdsmessige forskjeller mellom indirekte tap og konsekvenstap; i disse tilfellene vil alle tapene som umiddelbart oppstår i kjølvannet av skaden, karakteriseres som primærskader; altså direkte tap. Alle tapene som her faller utenfor, må nødvendigvis beskrives som middelbare tap; altså indirekte tap eller konsekvenstap.

Vilkåret om adekvans, som i mange tilfeller vil kunne avskjære et krav om erstatning for konsekvenstap, oppfattes tilsynelatende som utilstrekkelig i de tilfellene disse standardene tar sikte på å regulere.⁴⁶ I den type avtaler disse standardkontraktene er utformet for, er det nødvendig med forutsigbarhet, et behov som en adekvansvurdering ikke kan imøtekomme, all den tid dette er en konkret vurdering. En total avgrensning mot konsekvenstap eliminerer således denne usikkerheten.

De nevnte standardkontraktene illustrerer konsekvenstapenes rettslige og praktiske betydning i den forstand at partene som for eksempel bestemmer at NS 8405 skal gjelde i deres forhold, i og med dette dermed også implisitt avtaler en ansvarsbegrensning i form av at konsekvenstap i utgangspunktet ikke dekkes, med mindre den erstatningsansvarlige har utvist forsett eller grov uaktsomhet. I dette ligger nettopp en erkjennelse av konsekvenstapenes usikre karakter, som partene har funnet det nødvendig å beskytte seg mot. Samtidig bekrefter standardkontraktene utgangspunktet om at man ikke kan fraskrive seg ansvar for tap som skyldes forsettlig eller grovt uaktsomt opptreden.

⁴⁴ Simonsen (1995) s. 374-375

⁴⁵ ibid. s. 362.

⁴⁶ ibid. s. 377

Kontraktene illustrerer også en sammenblanding av indirekte tap og konsekvenstap: Det defineres ikke hva man mener med og oppfatter som konsekvenstap. Ettersom uttrykkene brukes i de samme bestemmelsene og som sidestilte betegnelser, synes det gjennomgående som om man oppfatter disse som synonyme benevnelser på den type tap man vil frasi seg ansvar for. Slik nevnt innledningsvis, illustrerer dette en manglende klar oppfatning av konsekvenstap, og om dette tapet er noe annet enn uttrykket indirekte tap, som er av nyere dato enn begrepet konsekvenstap. I og med at begrepene brukes om hverandre, er det betegnende for hvordan disse begrepene forstås i praksis; nemlig som to begreper som viser til samme type tap av avledet karakter. Partene legges til grunn at konsekvenstap, som tradisjonelt gir erstatning for følgeskader, dekker det samme som indirekte tap, som erstatter de avledede tapene. Ettersom tapspostene er tilnærmet like,⁴⁷ gjøres det ikke noe forsøk på å klarlegge om dette automatisk innebærer parallellitet mellom begrepene.

Sammenblandingen av uttrykkene tilsier at indirekte tap slik det er nedfelt i kjøpsloven, kan benyttes i slike avtaler uten store vansker. I kjøpsloven er erstatning for indirekte tap betinget av at det foreligger ansvarsgrunnlag i form av culpa, og skyld kreves også for dekning av konsekvenstap/ indirekte tap i kontraktene redegjort for over. Med andre ord, innebærer ikke kontraktsreguleringen noen realitetsendring i forhold til det kjøpsloven allerede har fastsatt. En analogisering fra §§ 27, 40 og 67 til disse kontraktene kan således føre til samme resultat. Lovgivers hensikt med innføringen av et differensiert ansvar i forhold til tapets art, som var å minske behovet for ansvarsfraskrivelser,⁴⁸ kan dermed oppfylles.⁴⁹

Praksisen med likevel å ha slike bestemmelser i standardkontrakter, skyldes partenes avtalefrihet, og dermed frihet til selv å fastlegge hvilke tap som skal regnes som konsekvenstap eller indirekte tap. Men ettersom kjøpsloven er deklatorisk, kan partene i tillegg til de oppregnede postene i kjl. § 67 (2), som er uttømmende, liste opp sine egne

⁴⁷ Se punkt 5.2.2

⁴⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 35

⁴⁹ Se mer under punkt 5.2.1

tapsposter som skal regnes tilhørende i samme tapskategori. Dermed oppheves i stor grad behovet for slike klausuler i standardkontrakter, som i mange tilfeller kan nøye seg med en henvisning til de aktuelle bestemmelsene i kjøpsloven.

Reguleringen av erstatningsansvaret i kontraktene skiller seg imidlertid fra indirekte tap i kjøpsloven på et vesentlig punkt; nemlig muligheten til å konvertere et indirekte tap til direkte, jfr. § 67 (3).⁵⁰ En klar forståelse av hva konsekvenstap faktisk innebærer, ville avslørt denne ulikheten, og partene ville antagelig utvist større forsiktighet ved anvendelsen av begrepene.

Slik redegjørelsen over viser, er standardkontraktene likevel et eksempel på hvorledes i alle fall hovedregelen om indirekte tap i kjøpsloven kan anvendes analogisk i en del av den øvrige kontraktsretten.

3.2 Konsekvenstap og adekvans

Under punkt 2.3 har jeg redegjort for adekvans som et vilkår for erstatning, og under punkt 3.3 tar jeg fortløpende for meg de ulike erstatningspostene, og de spørsmålene disse postene reiser med hensyn til adekvans. I det følgende vil jeg trekke frem noen generelle bemerkninger i forbindelse med konsekvenstapenes adekvans.

I utgangspunktet vil alle tap skyldes konkrete og spesielle omstendigheter hos den enkelte kreditor. Men dette gjelder enn mer for konsekvenstap, da disse tapene kan være atypiske og av den art debitor normalt ikke venter at vil oppstå.⁵¹ En av hovedinnvendingene mot erstatning for konsekvenstap, er følgelig den store spennvidden med hensyn til hvilke beløp debitor kan måtte bli erstatningsansvarlig for. Selv om debitor ved avtaleinngåelsen må ta i betraktning et eventuelt erstatningsansvar, er størrelsen på konsekvenstapet umulig å

⁵⁰ Se punkt 5.2.2.4.1

⁵¹ Hellner (1981) s. 24

beregne.⁵² Det er denne uforutsigbarheten som kan føre til at debitor må dekke tap i store størrelsesordener.

Hellner⁵³ tar også opp en annen innvending mot konsekvenstap, nemlig argumentet om at det ved beregningen er vanskelig å anslå konkret hvor stort tap kreditor konkret har lidt, altså selve beløpsangivelsen. Dette gjelder særlig fordi kreditor nødvendigvis må dokumentere på en tilstrekkelig måte tapets størrelse, noe som oftest gjøres ved at debitor (og en eventuell domstol) får innsyn i kreditors forretninger. Slikt innsyn vil mange kreditorer vegre seg mot.

Mot slutten av 1800- tallet var det i Skandinavia en diskusjon blant flere juridiske forfattere om prinsipper for å modifisere debtors nesten ubegrensede erstatningsplikt.⁵⁴

Erstatning for ”normaltapet” var ett av forslagene. Dette innebærer, slik nevnt tidligere, at kreditor kun får erstattet de tapene en skadelidt normalt lider i hans tilfelle.⁵⁵ Her tas det ikke hensyn til kreditors individuelle tap, men erstatningen utmåles etter en standardisert metode. Ved vurderingen av normaltapet føres det følgelig ingen bevis for tapets faktiske størrelse- kreditor kan således i noen tilfeller tjene på å få erstattet normaltapet.

Læren om normaltapet er det intet grunnlag for i norsk kontraktsrett i dag, da prinsippet om at det individuelle tap erstattes fullt ut, gjelder som grunnlag for utmålingen. Med unntak for særlige tilfeller, finnes det heller ingen lovhjemmel for læren om erstatning for normaltapet.⁵⁶

⁵² l.c.

⁵³ l.c

⁵⁴ Hellner (1966) s. 303

⁵⁵ l.c.

⁵⁶ Øvergaard (1951) s. 322

Andre fremholdt at ansvaret burde begrenses til det tapet debitor kunne forutse på kontraheringstidspunktet. Dette minner om prinsippet som ble utpenslet i Hadley v Baxendale (se punkt 3.2.1), og som fortsatt gjelder i angloamerikansk rett i dag.

Det siste prinsippet som ble forfektet, var prinsippet om det vi i dag kjenner som adekvat årsakssammenheng.⁵⁷ Det ble fremholdt at erstatningsansvaret ikke burde strekkes så langt som til å dekke tap som fremstår som en uforutsigbar konsekvens av kontraktsbruddet.

3.2.1 Hadley v Baxendale

For å illustrere nærmere skjæringspunktet mellom konsekvenstap og adekvans, kan vi gå til Hadley v Baxendale,⁵⁸ en sak fra 1854 fra England. Dommen anvendes ikke direkte som en rettskilde i norsk rett, men den er i teorien kjent som den første avgjørelsen som tok for seg spørsmålet om hvor langt debtors ansvar rekker.⁵⁹ Saksforholdet var at saksøker, mølleier Hadley, trengte en ny komponent til kvernemaskinen som malte kornet. Tilvirkeren av denne komponenten ba om å få tilsendt den gamle, slik at man var sikker på at den nye delen var tilpasset maskinen. For å forestå transporten av den gamle delen til tilvirkeren, ble saksøkte, Baxendale, engasjert. Han leverte imidlertid delen til tilvirkeren for sent, hvilket medførte at Hadley blant annet led tap i fortjenesten. Dette skyldtes at Hadley ikke hadde en reservedel til bruk mens den nye delen var under produksjon, og driften stoppet dermed opp.

I første instans ble Hadley tilkjent erstatning for tapt fortjeneste, men denne dommen ble opphevet i ankeinstansen.⁶⁰ Begrunnelsen var at Baxendale bare kunne bli erstatningsansvarlig for tap som var påregnelige, eller som han var gjort oppmerksom på av kreditor i forkant. Baxendale hadde med andre ord ingen forutsetninger for å kunne vite at forsinket levering ville medføre et driftstap for Hadley.

⁵⁷ Hellner (1966) s. 303

⁵⁸ Hadley v Baxendale, Court of Exchequer, 1854, 9 Exch. 341

⁵⁹ Herre (1996) s. 364

⁶⁰ Ankeinstansen het da Court of Exchequer Chamber

Retten formulerte dette utgangspunktet for vurderingen: "Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it."⁶¹

Retten gir altså her to regler for hvilke tap debitor kan tenkes å måtte dekke;⁶² det ene er det "vanlige" tapet som oppstår umiddelbart etter et kontraktsbrudd; altså direkte tap. Den andre regelen kan sies å være i retning av de noe mer avledede tapene, nemlig de tapene som partene ved avtaleinngåelsen med rimelighet kunne ha regnet med at kunne oppstå. Av dette har det i angloamerikansk rett utviklet seg et prinsipp til avgrensning av erstatningsansvaret, nemlig "the foreseeability test".⁶³ Denne fremgår nå i CISG art. 74, hvor det heter at "such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of the contract."

I *Hadley v Baxendale* kan det sluttet fra rettens begrunnelse at dersom saksøkte *hadde* fått opplyst at det ved forsinket levering kunne oppstå driftstap, ville Hadley blitt tilkjent tapet. I og med at dette ikke var kommunisert til Baxendale, kunne saksøkte i høyden bare bli ansvarlig for de generelle tap han kunne tenkt seg at kunne oppstå.⁶⁴

Dette er en annen måte å uttrykke adekvanskravet på slik vi kjenner det i norsk rett. Adekvansbegrensningen oppstilles for å skape en forutsigbarhet, og spare debitor for atypiske tap. Det kan virke som om "the foreseeability test" er noe mer i debtors favør, enn

⁶¹ *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex 341 på side 354.

⁶² Herre (1996) s. 372 og s. 381

⁶³ Herre (1996) s. 362

⁶⁴ Dommens side 353- 355

vår adekvansvurdering. I adekvansvurderingen er det riktignok et moment om debitor med rimelighet kunne ha forutsett det aktuelle tapet på avtaletiden, men det avgjørende er likevel om tapet kan anses som en påregnelig følge av dette misligholdet, slik det fremstår for dommeren.

3.2.2 Annen rettspraksis som illustrerer hva som menes med konsekvenstap

Fra amerikansk rettpraksis kan Roanoke Hospital v Doyle & Russell fra 1975 nevnes.⁶⁵

Denne gir noen generelle retningslinjer til illustrasjon for hva som regnes som konsekvenstap. Saksforholdet var i grove trekk at entreprenøren (Doyle & Russell) ble saksøkt for forsinket ferdigstillelse av et tilleggbygg til et sykehus (Roanoke). Sistnevnte krevde erstattet en rekke tap, hvorav mange var knyttet til økte rentekostnader grunnet lån sykehuset hadde tatt opp i forbindelse med byggingen. Retten rubriserte noen av sykehusets tap som direkte tap, mens andre tap ble ansett som konsekvenstap. Om dette uttalte retten på side 801 at "[d]irect damages are those which arise 'naturally' or 'ordinarily' from a breach of contract; they are damages which, in the ordinary course of human experience, can be expected to result from a breach. Consequential damages are those which arise from the intervention of '*special circumstances*' not ordinarily predictable. (...) If damages are determined to be consequential, they are compensable only if it is determined that the special circumstances were within the 'contemplation' of both contracting parties."⁶⁶ (min uth.).

Retningslinjene Hadley v. Baxendale ga, fremholdes også her. Konsekvenstap inntreer altså på grunn av spesielle og uforutsigbare omstendigheter, og kan bare erstattes dersom partene har hatt det i sin bevissthet, eller i det minste har kunnet forvente, at et slikt tap kunne inntre.

⁶⁵ Supreme Court of Virginia, Roanoke Hospital Association v. Doyle & Russell, Incorporated, and Federal Insurance Company.

⁶⁶ <http://www.constructionlawattorneyblog.com/Roanoke%20Hospital%20Case%20%28Consequential%20Damages%29.pdf>

Victoria Laundry v Newman Industries⁶⁷ er en annen dom fra England, hvor saksforholdet var at et vaskeri, Victoria Laundry, hadde bestilt en slags vannkoker fra Newman Industries. Denne kokeren ble imidlertid levert fem måneder for sent. Resultatet var at Victoria Laundry på grunn av denne forsinkelsen, blant andre tap, også mistet en meget gunstig kontrakt vaskeriet selv hadde inngått. Spørsmålet var om vaskeriet kunne kreve dette konsekvenstapet erstattet (se under punkt 3.3 for hvilke poster som inngår i konsekvenstap).

Retten kom til at Newman Industries ikke skulle erstatte dette tapet, da de ikke hadde tilstrekkelig kunnskap om at et slikt tap kunne oppstå ved et mislighold.

Både Hadley v. Baxendale, Roanoke v. Doyle & Russell og Victoria Laundry v. Newman Industries oppstiller som vilkår for erstatning av konsekvenstap at debitor må ha kunnet vite om muligheten for et slikt taps inntreden. Det vil si at kreditor nærmest må bevise at debitor var klar over konsekvenstapets mulige inntreden, jfr. det engelske ordet ”contemplate”, som det ikke finnes noe fullgodt alternativ til på norsk. Et slikt kunnskaps- eller beviskrav er ikke oppstilt i norsk rett. Her vurderes bare om tapet er av en slik karakter at det, ut i fra en objektiv vurdering, anses som påregnelig, og følgelig er et tap debitor må dekke, uavhengig av hans faktiske kunnskap.

”Contemplate” har i den senere tid blitt brukt i synonymt med ”foreseeability”.⁶⁸ De nevnte dommene etterlater det inntrykk at forutsigbarhet er det viktigste i angloamerikansk erstatningsrett. Adekvansvurderingen i norsk rett tar også sikte på å skape en viss forutsigbarhet for debitor, men det er ikke det altoverveiende momentet i vurderingen. Hadde det vært det, ville utgangspunktet om full dekning også for konsekvenstap vært vanskelig å forsvare.

⁶⁷ [1949] 2 KB 528

⁶⁸ Herre (1996) s. 401

3.3 Tapsposter under konsekvenstap

Under følger en redegjørelse av de typiske postene som faller inn under betegnelsen konsekvenstap. Beskrivelsen av de ulike postene er ikke uttømmende.

3.3.1 Driftstap

Hvis kreditor ikke får den avtalte realytelsen til avtalt tid, eller den leveres med mangler, kan det oppstå et driftstap hos kreditor. Dette vil ha den virkning at produksjonen enten bortfaller i sin helhet, eller at den forminskes. Det er uten betydningen om det er kvaliteten på produksjonen som forringes, eller om den kvantitativt sett går ned.⁶⁹

Driftstap vil kunne reise noen problemer i forhold til adekvansvurderingen, selv om produksjonstap- og reduksjon i utgangspunktet er adekvate tap. Dette gjelder særlig fordi driftstapene er uforutsigbare i størrelsen- tapet vil fullt og helt bero på hvordan denne konkrete kreditor har organisert sin produksjon, og kontraktsbruddet vil således ha ulik effekt.

Rt. 1967 s. 1059 illustrerer driftstap i praksis. I denne saken hadde skadelidte kjøpt en hydraulisk tipp som selger skulle montere på kjøperens lastebil. Kjøper mente at tippet led av mangler, og krevde således heving av kjøpet, samt erstatning for utgifter til reparasjon av lastebilen, verditap av lastebilen, tappt fortjeneste for den tiden lastebilen ikke kunne brukes i den perioden den var inne til reparasjon, og kompensasjon for reduserte inntekter som følge av at lastebilen måtte brukes uten den mangelfulle tippet.⁷⁰

Høyesterett tilkjente kjøper erstatning for utgifter til reparasjon og tappt fortjeneste, dog med en noe redusert sum. Førstvoterende uttalte ved utmålingen av erstatning for tappt fortjeneste at ”jeg antar at det her bør foretas en skjønnsmessig reduksjon, idet *et så stort inntektstap*

⁶⁹ Hagstrøm (2003) s. 544

⁷⁰ Se dommens side 1060

ikke er legitimert.” (min uth.).⁷¹ Hva som ligger i ”legitimert”, er vanskelig å fastslå med sikkerhet, men det er nærliggende å anta at Høyesterett her har ment å begrense erstatningsansvaret ved å anlegge en adekvansbetraktning.

Det samme kom Høyesterett frem til i dommen inntatt i Rt. 1982 s. 1357. Saksforholdet var i korte trekk at kreditor hadde kjøpt et lagerbygg, som raste sammen på grunn av at bygget ikke tålte snøbelastningen på taket. Retten kom frem til at bygget var mangelfullt, og at kreditor følgelig hadde krav på erstatning.

Kreditor hadde krevd dekket blant annet driftstap. På side 1366 i dommen uttaler førstvoterende at ”det oppgitte driftstap - 310000 kroner - virker (...) bemerkelsesverdig høyt sett på bakgrunn av at påstanden for herredsretten lød på 60000 kroner. Jeg mener at erstatningen for denne post skjønnsmessig bør settes til ca 50 prosent av påstandsbeløpet.”

Den slutning som kan trekkes fra disse to dommene, er at driftstap er et adekvat tap, såfremt erstatningssummen som kreves ikke er upåregnelig høy. Det må imidlertid bemerkes at det i begge disse sakene var snakk om kontrakter sluttet i næringsvirksomhet. Som nevnt tidligere, vil tap som følge av mislighold av næringskontrakter, ofte bli store, noe som anses som påregnelig. Likevel har altså Høyesterett en skranke mot å godta tap som virker usannsynlig store.

I en dom avsagt i dansk Høyesterett,⁷² foretok retten en reduksjon i påstått fortjenestetap begrunnet med adekvanshensyn. Det dreide seg her om et kjøp av noen ”gødningsnedfældere”,⁷³ som var forsinket ved leveringen. Kjøper fikk medhold i at han hadde krav på erstatning for driftstapet i 1961, men ikke den tapte fortjenesten grunnet kundebortfall i 1962, noe han mente skyldtes misligholdet. I følge kjøperen bestod tapet dette året av at kundene henvendte seg andre steder, som igjen førte til tapt fortjeneste for

⁷¹ Se dommens side 1065

⁷² UfR. 1965 s. 43

⁷³ Maskin brukt i jordbruksvirksomhet

ham. Retten uttalte i forbindelse med dette at ”forsinkelsen i 1961 skyldtes omstændigheder, der ikke kunne forventes at indvirke på nedfældningen i 1962”.⁷⁴ Dermed måtte erstatningen begrenses til 1961; det året leveringen refererte seg til. Erstatning for fortjenestetap også i 1962 ”(...) ville føre til uberegnelig usikkerhet hos sælgeren”.⁷⁵

Dommen viser at adekvansvurderingen altså ikke bare kommer inn der det er behov for å nedjustere den påståtte erstatningssummen, men at slike betraktninger også beskytter den erstatningsansvarlige mot å bli ansvarlig for uoverskuelige følger. Her ser man virkningen av adekvansregelen som en regel om bevisbyrde til fordel for misligholderen.⁷⁶ Jo lenger unna misligholdet et tap er, desto mer skal det til for å bevise at tapet er en adekvat følge av misligholdet.

3.3.2 Avsavnstap⁷⁷

Avsavnstap innebærer at kreditor ikke kan utnytte realytelsen slik opprinnelig forutsatt. Mangler ved for eksempel et dataanlegg kan føre til at flere administrative oppgaver må utsettes. I andre tilfeller kan ytelsens manglende nytteeffekt føre til blant annet produksjonstap.

Disse tapene er også i prinsippet adekvate tap. I denne forbindelse vises det til avgjørelsen inntatt i Rt. 1983 s. 205, som i korte trekk dreide seg om spørsmålet om et forsikringsselskap var ansvarlig for kostnadene som gikk til å dekke skadene på en trailer etter en kollisjon. Det var utstedt en polise, men forsikringspremien var enda ikke betalt. Retten kom til at selskapet pliktet å dekke kostnadene, som etter avtalen skulle dekke skade og avsn. En stor del av forsikringstakerens tap var forårsaket av at selskapet i første omgang avslo dekning av kostnadene, noe som førte til at bilen ikke ble utlevert etter reparasjon. Av dette led forsikringstakeren tap i fortjenesten, verdireduksjon av traileren og

⁷⁴ Se U 1965 på s. 47

⁷⁵ Se J. Trolle U.1965B.160: Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt august-december 1964

⁷⁶ Krüger (1989) s. 819

⁷⁷ Hagstrøm (2003) s. 544

tap på grunn av at han måtte tilbakelevere noen gjenstander tiltenkt brukt sammen med traileren. Uten at Høyesterett realitetsbehandlet dette spørsmålet (for erstatningskravets del ble saken hjemvist til lagmannsretten), ble det bemerket at det ”imidlertid ligger (...) en begrensning i at tapet, eller rettere de enkelte tapsposter, må stå i en rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig.”⁷⁸

Dommer Aasland uttalte imidlertid at ”utgangspunktet må etter min oppfatning være at når den lille transportbedrift det her er tale om måtte sette bilen på verksted for omfattende reparasjoner som forsikringsselskapet nektet å betale, må det anses nærliggende og påregnelig at det ville oppstå tap ved avsavn og også etter omstendighetene annet tap ved at virksomheten for en tid måtte innstilles.”⁷⁹

Avsavnstap er altså i prinsippet å regne som adekvate tap. Dog kan ansvaret begrenses noe, slik det uttrykkes i den nevnte dommen ved at det trekkes en grense ”både i tid og i forhold til skadefølgens karakter for hvor langt selskapet kan holdes ansvarlig for følgene av (...) [forsikringstaker/ skadelidtes] økonomiske problemer.”⁸⁰

3.3.3 Mislighold av kreditors egne kontrakter⁸¹

Konsekvenstap dekker også tap som oppstår som følge av at kreditors egne kontrakter med tredjemenn misligholdes, nettopp forårsaket av misligholdet kreditor selv er utsatt for. Kreditor påføres her et tap som følge av at hans kontraktspart(er) gjør gjeldende misligholdssanksjoner overfor ham. Dette tapet kan altså kreves dekket under posten konsekvenstap. Denne følgen av misligholdet; at det ”forplanter” seg videre slik at kreditor blir møtt med misligholdssanksjoner av sine egne (tredje) kontraktsparter, er en adekvat følge av kontraktsbruddet. En vanlig utgift for kreditor i disse tilfellene kan være konvensjonalbøter i entreprise. Slike bøter kan komme opp i store beløp, noe som regnes

⁷⁸ Rt. 1983 s. 205 på s. 212

⁷⁹ l.c.

⁸⁰ Rt. 1983 s. 205 på s. 213

⁸¹ Hagstrøm (2003) s. 545

som påregnelig i næringskontrakter. Dette illustreres av en dom avsagt i svensk Høyesterett,⁸² som dreide seg om selgerens ansvar for forsinket levering av jernbjelker. Disse bjelkene, som var til byggeformål, hadde kjøperen solgt videre, noe som førte til at kjøperen ble ansvarlig overfor sin egen kjøper. Disse utgiftene kreditor ble påført, ble selger pålagt å dekke.

En annen dom som illustrerer både selgerens ansvar når det oppstår krav fra tredjemenn, og at store tap i kommersielle kontrakter i prinsippet er adekvate, er en dansk avgjørelse fra 1964.⁸³ Faktum var her at et parti kaliumklorid var solgt til en kjøper i Nederland. Denne hadde solgt partiet videre til en kjøper i Belgia, til en noe høyere pris enn den han selv kjøpte varen for. Partiet ble imidlertid aldri levert, og det oppsto et spørsmål om erstatning. Den opprinnelige selgeren ble ikke hørt med at han ikke skulle erstatte den nederlandske kjøperens kostnader, som selv hadde betalt godtgjørelse til sin egen kjøper. Det faktum at partiet var solgt for en høyere pris i Belgia, ble ikke tillagt vekt, jfr. uttalelsen om at "[selgeren] var gjort bekendt med varens destination til Belgien, og det kan ikke anses at have været *upåregneligt*, at den almindelige salgspris på det belgiske marked var af en størrelse som ovenfor anført."⁸⁴ (min uth.).

3.3.4 Ytelsens skadevoldende egenskaper

Realtytelsen kan tenkes å påføre kreditor tap ved at den har skadevoldende egenskaper. Her er det imidlertid en grensedragning mellom deliktserstatning og erstatning i kontrakt. De *skadene* ytelsen påfører, omfattes av produktansvaret, mens ytelsen i sin *mangelfulle form* reguleres av kontraktsretten. Det vil i disse tilfellene således bli foretatt to vurderinger; den ene om ytelsens "skadepåførende" egenskaper, og den andre om ytelsen er mangelfull.

Visse typer produktskader, som altså i utgangspunktet omfattes av produktansvaret, regnes imidlertid likevel som konsekvenstap, og reguleres dermed av kontraktsansvaret. Hagstrøm

⁸² NJA 1913:100 s 276

⁸³ U 1964.74H

⁸⁴ U 1964.74H s. 86.

uttaler at ”noe skjematisk kan det sies at kontraktsrettslige regler gjelder der de farlige egenskapene oppdages *før* det er inntruffet en fysisk skade, slik at det eksempelvis unngås bruk av farlige råvarer, mens det oppstår produksjonsstans o.l. i stedet” (min uth.).⁸⁵

I denne forbindelse vises det til avgjørelsen inntatt i Rt. 1937 s. 323. I denne saken hadde skadelidte bestilt hvit parafin til parafinering av tobakksesker, men parafinen hadde en sterk lukt. Tobakkseskene ble således også befengt med lukt. Dette ble oppdaget *før* alle tobakkseskene ble distribuert, noe som følgelig førte til produksjonsstans, og dermed ble tapsansvaret regulert av kontraktsretten.

Videre kan det vises til Rt. 1974 s. 269, som dreide seg om en boligblokk som hadde blitt oppusset. Det oppstod skader i finpussen på vegger og tak, noe som retten kom til at skyldtes bruk av ”uleskede partikler i hydratkalken”, og at dette hadde ført til at pussen hadde utvidet seg. Førstvoterende uttaler på s. 277 i dommen at ”tapspostene her er omkostninger med å fjerne den ødelagte puss, rengjøre flatene og påføre ny puss, videre ny maling av flatene og husleietap som følge av forsinkelsen. Dette er nærliggende og normale følger av at hydratkalken, *uten å være egentlig farlig, var mangelfull.*” (min uth.). Denne uttalelsen illustrerer godt grensedragningen mellom kontrakts- og produktansvaret.

Ut i fra rettspraksis trekkes dermed den grense at kontraktsansvaret omfatter ”nærliggende og normale følger av at ytelsen har mangler, uten å være egentlig farlig. (...) Utover dette området har domstolene vært ytterst tilbakeholdne med å statuere kontraktsansvar (...).”⁸⁶

De tapene som ytelsens skadevoldende egenskaper leder til, er, i likhet med tapspostene redegjort for overfor, å regne som adekvate tap.

⁸⁵ Hagstrøm (2003) s. 546

⁸⁶ l.c.

4 Direkte og indirekte tap

I dette kapittelet går jeg over til skillet mellom direkte og indirekte tap. Dette er et skille som fremkommer i en del lover- mitt fokus vil i det følgende være på kjøpsloven.

Benevnelsene *direkte* og *indirekte* tar sikte på å vise årsakene til disse tapene. Direkte tap er, naturlig nok, en direkte og umiddelbar følge av kontraktsbruddet, i motsetning til det indirekte tapet. Om begge tapene, eller bare det ene, erstattes, er avhengig av ansvarsgrunnlaget. Jeg har under punkt 2.1 redegjort for blant annet culpaansvar og kontrollansvar. I den videre fremstillingen begrenser jeg meg således til kun å ta for meg disse grunnlagenes innvirkning på hvilke tap som erstattes.

4.1 Kjøpslovens systematikk

Det sondres i kjøploven (og i kontraktsretten generelt) mellom forsinkelse og mangel som to forskjellige typer kontraktsbrudd. Forsinkelse er regulert i § 22 flg., mens mangelsbeføyelsene reguleres i § 30 flg. Erstatning for at ytelsen er forsinket, følger av bestemmelsen i § 27. Denne vises det også til i § 40, som hjemler erstatning ved mangler. I det følgende sonder jeg ikke mellom mangel og forsinkelse som to ulike kontraktsbrudd, men behandler erstatningsregelen i forhold til ansvarsgrunnlaget felles, da de i stor grad er sammenfallende (selv om det riktignok er noen forskjeller i selve vurderingen, som for eksempel anvendelsen av § 27 på mangelstilfellene). Reglene om erstatningsberegningen fremgår for begge deler av kjl. kapittel X.

Skillet mellom direkte og indirekte tap er knyttet til type ansvarsgrunnlag. Her kan det vises til forarbeidene til kjøpsloven, hvor det heter at "[v]ed fastleggingen av grensen mellom direkte og indirekte tap må man for det første ta hensyn til hvilken ansvarform det er naturlig å føre de enkelte tapsposter inn under."⁸⁷

⁸⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) pkt. 3.8.4 s. 40

4.1.1 Culpa⁸⁸

Culpa/- skyldansvar gjelder uten begrensninger. Det vil si at dersom det først er stadfestet at debitor har opptrådt uaktsomt, kan "[k]jøperen (...) i alle høve kreve erstatning dersom forsinkelsen eller tapet skyldes feil eller forsømmelse på selgerens side.", jfr. § 27 (5). Det samme fremgår av § 40 (3). Dette innebærer erstatning for kreditors direkte så vel som indirekte tap.

Selve utmålingen fremgår av § 67. I første ledd heter det at erstatning for kontraktsmislighold fra den ene partene skal dekke "(...) det tap, herunder utlegg, prisforskjell og tapt fortjeneste, som den annen part er påført ved kontraktbruddet. Dette gjelder likevel bare tap som en med rimelighet kunne ha forutsett som en mulig følge av kontraktbruddet." Sistnevnte setning synes å legge opp til en alminnelig adekvansvurdering, og langt på vei svarer også bestemmelsen til det alminnelige krav om adekvans.⁸⁹ § 67 regulerer imidlertid utmålingen av erstatningen, og ikke selve ansvarsgrunnlaget. Adekvansvilkåret i denne bestemmelsen tar således kun sikte på "(...) tapets art og omfang."⁹⁰ I tillegg til vilkåret om adekvans, oppstilles det også et krav om årsakssammenheng, jfr. bestemmelsen om at tapet må ha blitt "påført ved kontraktbruddet."

Forarbeidene⁹¹ forklarer § 67 (1) nærmere ved å si at "[u]tgangspunktet er prinsippet om full erstatning for tap og utgifter som skyldes kontraktbruddet. Den skadelidende part skal gjennom erstatningen stilles i samme økonomiske stilling som om motparten hadde foretatt riktig oppfyllelse av kontrakten. Dette prinsippet modifiseres bl a av generelle adekvansprinsipper og av regelen i andre punktum (...)" . Kreditor skal følgelig få erstattet sin positive kontraktsinteresse.

⁸⁸ Se også under punkt 2.1

⁸⁹ Krüger (1999) s. 504-505

⁹⁰ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 122

⁹¹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 120

Statueres det culpaansvar, kan kreditor således få erstattet både sine direkte og indirekte tap, jfr. § 27 (5) eller § 40 (3), og § 67 (1), som i sum vil utgjøre erstatning for hans fulle tap (med fradrag for eventuell berikelse han har fått grunnet misligholdet).

4.1.2 Kontrollansvaret⁹²

Kontrollansvaret er, i motsetning til culpaansvaret, begrenset til erstatning for tap som følge av de kontraktsbrudd som ligger innenfor debtors kontrollsfære, jfr. § 27 (1). Dette ansvaret kan debitor fri seg fra dersom disse fire kumulative vilkårene oppfylles: Det må for det første foreligge en hindring. Denne hindringen må ha vært utenfor debtors kontroll, samt at den skal være av en slik karakter at debitor ”ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden”. Hindringen skal han heller ikke med rimelighet ventes å kunne ”unngå eller overvinne følgene av.”

§ 27 (4) sier at reglene i paragrafens første til tredje ledd ikke ”omfatter (...) slikt indirekte tap som nevnt i § 67 (2).” I forarbeidene er det uttrykkelig uttalt at ”[f]jerde ledd begrenser rekkevidden av de foregående bestemmelser.”⁹³ Det vil si at kontrollansvaret kun dekker de tapene som klassifiseres som direkte. (Tilsvarende gjelder i mangelstilfeller, jfr. § 40 (2)). De indirekte tapene er således særreguleringer til prinsippet om full tapsdekning slik det er nedfelt i § 67 (1).

4.1.2.1 Direkte tap- omfattes av kontrollansvaret

I det følgende vil jeg i korte trekk redegjøre for de opplistede tapspostene i § 67 (1) som utgjør direkte tap. Oppregningen av de ulike tapspostene er ikke uttømmende, jfr. bruken av ordet ”herunder” i § 67 (1) første setning. Bestemmelsen omfatter imidlertid både direkte og indirekte tap, jfr. over om at denne gir uttrykk for prinsippet om full tapsdekning.

⁹² Se også under pkt. 2.1

⁹³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 75

Culpaansvaret dekker, som nevnt, både de direkte og de indirekte tapene. Kontrollansvaret dekker kun de direkte tapene. Jeg venter med redegjørelsene av tapspostene som faller inn under kategorien indirekte tap til punkt 4.1.2.2.

4.1.2.1.1 Utlegg

Utlegg kan sidestilles med ekstraordinære omkostninger. Typiske utgifter her vil være utlegg til i det hele tatt å konstatere mislighold, eller andre utgifter som er en nødvendig følge av avtalebruddet.⁹⁴ Forarbeidene nevner som eksempel ”(...) post-, telefon-, transport og reiseutgifter. Kjøperen har f.eks. foretatt en forgjeves reise for å hente tingen fordi den viste seg ikke å være klar for levering.”⁹⁵

4.1.2.1.2 Prisforskjell

Erstatning for prisforskjell vil særlig være relevant i de tilfellene hvor kreditor foretar en dekningstransaksjon, men dette er ikke en betingelse. Dersom slik transaksjon ikke foretas, regnes prisforskjellen ut i fra den gjengse markedsprisen, jfr. § 69 (1).

Foretar derimot kreditor, etter å ha hevet kjøpet, en dekningstransaksjon, gir § 68 retningslinjer for hvordan prisforskjellen skal beregnes. Differansen mellom kjøpesummen og prisen på dekningskjøpet utgjør erstatning for prisforskjellen. Betingelsen er imidlertid at det er en saklig og tidmessig sammenheng mellom misligholdet og dekningskjøpet.⁹⁶

Dekningskjøpet er med på å begrense tapsomfanget, som for eksempel tapt fortjeneste som følge av at kreditors egen kontrakt med tredjemann bortfaller. Se om denne poster under punkt 4.1.2.2.

⁹⁴ Hagstrøm (2003), s. 539

⁹⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 121

⁹⁶ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 126

4.1.2.1.3 Tapt fortjeneste

Den siste tapsposten loven uttrykkelig nevner, er tapt fortjeneste. Forarbeidene forklarer at "[e]rstatning for *tapt fortjen[e]ste* kan bli aktuell i den utstrekning fortjen[e]sten ikke blir kompensert gjennom erstatning for prisforskjell."⁹⁷ Dersom kreditor altså har muligheten til å foreta et dekningskjøp, kan han ikke avstå fra dét for i stedet å kreve erstatning for tapt fortjeneste. Rekker han derimot for eksempel ikke å foreta et dekningskjøp før hans egen kontraktsmotpart hever kontrakten, har kreditor hatt et fortjenestetap.

4.1.2.2 Indirekte tap- omfattes ikke av kontrollansvaret

§ 67 (2) definerer hva som menes med indirekte tap, og angir hvilke tapsposter som klassifiseres som indirekte. Av forarbeidene fremgår det at opplistingen er uttømmende.⁹⁸ Faller en tapspost ikke inn under opplistingen, og omfattes det heller ikke av § 67 (3) (se under punkt 5.2.2.4.1 for mer om denne bestemmelsen), regnes det aktuelle tapet som direkte. De indirekte tapene er altså unntatt fra kontrollansvaret.

4.1.2.2.1 Driftsavbrudd

Driftstap vil oppstå dersom for eksempel en maskin ikke leveres i tide, eller leveres med mangler, og driften av den grunn enten stopper opp eller går tregere/ minskes. Men dersom kreditor skaffer en reservemaskin i disse tilfeller, konverteres driftstapet til direkte tap, jfr. § 67 (3) litra a.

4.1.2.2.2 Avsavnstap

Avsavnstap etter § 67 (2) litra b innebærer at tingen ikke kan nyttiggjøres som forutsatt. "Bokstav (b) fanger opp alt tap som ikke er direkte knyttet til produksjon eller omsetning",

⁹⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 122

⁹⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 123

jfr. forarbeidene.⁹⁹ Det nevnes også her som eksempel et EDB-anlegg som ikke fungerer optimalt, og som følgelig vanskeliggjør andre kontorfunksjoner. Dette tapet kan imidlertid også konverteres til direkte tap, ved at kreditor har ”kostnader ved vanlige tiltak” som skal kompensere for anleggets mangler, jfr. § 67 (3) litra a.

4.1.2.2.3 Bortfall av kontrakt med tredjemann

§ 67 (2) litra c klassifiserer som indirekte det *fortjenestetap* kreditor lider som følge av at hans egen kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke oppfylles kontraktsmessig, som en følge av debtors mislighold. Men dette gjelder bare dersom kreditor unnlater å foreta et dekningskjøp, eller andre tiltak som er egnet til å begrense tapet. Har han gjort dét, omklassifiseres tapet til et direkte tap. Tapsbegrensningsplikten i § 70 (1) vil dermed uansett komme til anvendelse i de tilfellene kreditor har *unnlatt* å begrense sitt tap: Det vil si at hvis et fortjenestetap som følge av bortfall av kontrakt med tredjemann, er å anse som et indirekte tap fordi dekningskjøp ikke er foretatt, vil § 70 (1) avskjære erstatningen.¹⁰⁰ Kreditor må følgelig ”(...) selv bære den tilsvarende del av tapet”, jfr. § 70 (1) annen setning.

4.1.2.2.4 Tap som følge av skade på andre gjenstander

§ 67 (3) litra d har en noe kryptisk utforming; den sier at kontrollansvaret ikke omfatter skade på andre gjenstander som befinner seg i nærheten av ytelsen, jfr. ”(...) skade på annet enn salgstingen selv.” Men dette gjelder bare når disse ”gjenstandene ikke står i en klar funksjonell sammenheng med salgstingen”,¹⁰¹ jfr. ”nær og direkte sammenheng med tingens forutsatte bruk.” Tap på grunn av skade på gjenstanden selv, og på gjenstander som salgstingen brukes til framstilling av regnes følgelig som direkte tap, og omfattes således av kontrollansvaret. Oppsummeringsvis; det er de opplistede tingene i bestemmelsen som utgjør direkte tap. Kontrollansvaret omfatter derfor ikke tap på grunn av skade på *annet enn*

⁹⁹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 124

¹⁰⁰ Martinussen (2004) s. 244

¹⁰¹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 124-125

tingen selv eller andre ting som ytelsen brukes til fremstilling av, eller ting som har en nær og direkte sammenheng med ytelsens forutsatte bruk.

I forarbeidene¹⁰² er det uttalt at "[d]et kjøpretslige ansvaret for produktskader bør (...) begrenses i hovedsak til skader på tingen selv og andre ting som står i nær fysisk og funksjonell sammenheng med denne og som har et omfang som er påreknelig på avtaletiden." Samtidig er det åpnet for at det kjøpsrettslige ansvaret for noen produktskader strekkes noe lenger enn forutsatt; "[d]et vil fortsatt være overlatt til rettspraksis. Men et slikt ansvar vil være et ansvar for indirekte tap som bare vil kunne bygges på culpa fra selgerens side."¹⁰³

4.1.3 Hvorfor dekker culpaansvaret flere tap enn kontrollansvaret?

Grunnen til at culpaansvaret dekker flere tapsposter enn kontrollansvaret, er at culpaansvaret er basert på subjektiv skyld hos debitor. Hans uaktsomhet er årsaken til misligholdet, og da er det rimelig at han dekker de tapene kreditor lider- han er å bebreide for misligholdets inntreden.

Kontrollansvaret derimot, slik skrevet under punkt 2.1 og 4.1.2, er et objektivt ansvar uten grunnlag i skyld- det er lite eller ingenting å legge debitor til last. Det er derfor bare de tapene som ligger innenfor debtors kontrollsfære, som er erstatningspliktige. Forarbeidene uttaler at "[v]ed grensetrekkingen er det lagt vekt på at tap som er av slik art og størrelse at de normalt inntre ved det aktuelle kontraktbrudd, skal reknes som direkte tap."¹⁰⁴

Kontrollansvaret omfatter derfor kun direkte tap, fordi disse tapene kan debitor regne med at *normalt* vil inntre ved et mislighold. De indirekte tapene derimot, ligger utenfor hans kontrollsfære.

¹⁰² Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 25

¹⁰³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 27

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 40

5 Er skillet mellom direkte og indirekte tap sammenfallende med de alminnelige prinsippene for konsekvenstap?

Over har jeg redegjort for konsekvenstap, samt om direkte og indirekte tap, slik disse kategoriene defineres hver for seg. Under dette avsnittet går jeg over til å drøfte hvorvidt det foreligger så store likhetstrekk mellom konsekvenstap og indirekte tap, at disse i realiteten innholdsmessig er to synonyme betegnelser.

5.1 Hvorfor finne ut av sammenhengen mellom indirekte tap og konsekvenstap?

Begrunnelsen for hvorfor det er interessant å vurdere om den tradisjonelle lære om konsekvenstap er sammenfallende med moderne lovbestemmelser om indirekte tap, er at begrepene innholdsmessig fremtrer som like, slik redegjørelsen under punkt 5.2 langt på vei vil illustrere. Selv om de fremtrer som like, er det likevel viktig å holde begrepene fra hverandre. Det er verdt å undersøke om det faktisk at det i kontraktsretten i dag opereres med begge disse begrepene, betyr at disse har ulikt innhold.

Ettersom konsekvenstap ikke er definert i lov, kan begrepet tolkes ulikt. Selv om konsekvenstap tradisjonelt har blitt oppfattet som følgetap,¹⁰⁵ åpnes det for individuelle tolkninger av hva som vil karakteriseres som et slikt tap, nettopp fordi konsekvenstap ikke er legaldefinert.

Det motsatte er tilfelle for indirekte tap. Indirekte tap er uttrykkelig lovregulert, blant annet i kjøpsloven, noe som gjør at det har et nokså presist innhold. Det kan riktignok være noen ulike synspunkter og tolkninger også her, men i utgangspunktet er innholdet i indirekte tap fastlagt.

Hvis det for eksempel dreier seg om to relativt like begreper, men som er definert noe ulikt i hver sin lov, kan man likevel ved tolkning komme til at det innholdsmessig reelt sett er snakk om to korresponderende begreper.

¹⁰⁵ Se punkt 3.1

Den samme øvelsen må foretas for konsekvenstap og indirekte tap sitt vedkommende. Spørsmålet som oppstår, og som de neste punktene vil ta for seg, er om den nye lovbestemmelsen om indirekte tap kan antas å ha samme innhold som det tradisjonelle konsekvenstapet.

5.1.1 Hvilken betydning har det om begrepene er like eller ulike?

Formålet med å benytte ulike begreper, må nødvendigvis være at disse tar sikte på å klargjøre ulike sider ved en rettslig problemstilling. Brukes ulike betegnelser om det samme rettslige innholdet, fremstår det som unødvendig tungvint å anvende begge disse, og en begrepsforvirring kan enkelt oppstå. En slik forvirring kan eksempelvis tenkes å oppstå i medhold av de standardkontraktene som er redegjort for under punkt 3.1.1. I disse benyttes i stor grad begrepet indirekte tap, mens det ikke fremgår klart om man med dette mener å likestille dét med konsekvenstap.

Som et annet eksempel på en noe inkonsekvent begrepsbruk, kan utredningen (NOU 1994:19) forut for finansavtaleloven av 25. juni 1999 nr. 46. (finansavtal.) nevnes. I merknadene til § 2-34, som omhandler erstatningsansvar for den institusjonen som forestår en betalingsoverføring som forsinkes, heter det at "[t]redje ledd omhandler institusjonenes ansvar for indirekte tap (konsekvenstap). (...) Med indirekte tap menes mer fjerntliggende konsekvenser av betalingsforsinkelsen enn rentetap og annet direkte tap. Konsekvenstap vil for eksempel kunne omfatte erstatning for tap mottakeren lider ved ikke å ha fått kapitalen til disposisjon eller tap betaleren påføres som en følge av at en kontrakt heves."¹⁰⁶

I ovennevnte passus ser vi at indirekte tap og konsekvenstap likestilles, uten noen videre drøftelser, noe som kan tyde på at man har hatt det samme innholdet for øye ved bruken av begge begrepene. (Til tross for at denne utredningen omhandler finansavtal., og således ligger langt fra rettsområdet for denne avhandlingen, endres neppe innholdet i vesentlig grad i konsekvenstap og indirekte tap i takt med hvilket rettsområde de fremkommer i).

¹⁰⁶ NOU 1994:19 s. 154

Kommer man derimot frem til at begrepene er innholdsmessig ulike, ligger det i dette først og fremst en erkjennelse om at det, rettslig sett, eksisterer ulike regelsett som gjelder på hvert sitt område, og at disse må holdes fra hverandre. Det må således oppstilles en klar definisjon av uttrykket konsekvenstap, slik at dette skiller seg fra indirekte tap.

For det andre må parter som inngår en kontrakt som ikke er underlagt kjøpsloven, ha et mer bevisst grep om hva som menes med en klausul som for eksempel fritar selger for ansvar for *indirekte tap*. Det kan oppstå spørsmål om partene med denne klausulen mener å gi kjøpsloven anvendelse for dette spørsmålet ved nettopp å bruke benevnelsen indirekte tap, og dermed at partene har ment noe *annet* enn konsekvenstap. Eller så kan det tolkes i retning av at indirekte tap bare betyr avledet tap, og dermed det samme som konsekvenstap.

Hvilken betydning har det så om kjøpslovens inndeling mellom direkte og indirekte tap er sammenfallende med konsekvenstap? Slik jeg kommer til under punkt 5.2.1, ville man ved innføringen av indirekte tap i kjøpsloven, fjerne noe av behovet for ansvarsfraskrivelser for slike tap i kontrakter utenfor de lovregulerte tilfellene. Derfor er det mer nærliggende å slutte at ved en eventuell parallellitet mellom konsekvenstap i kontraktsretten generelt og indirekte tap i kjøpsloven, så er det uttrykket konsekvenstap som blir erstattet av indirekte tap. I standardkontraktene som er nevnt under punkt 3.1.1, benyttes hovedsakelig benevnelsen indirekte tap. Denne begrepsbruken kan tilsi at indirekte tap allerede har vunnet innpass i de områdene disse standardkontraktene gjelder.

Samtidig er det opplagt at en innholdsmessig likhet mellom begrepene, vil medføre en begrepsforenkling, og en tilsvarende konform fortolkning av begge begrepene. I så fall vil nødvendigvis den systematikken kjøpsloven følger med hensyn til differensiering av ansvarsgrunnlagene avhengig av tapets art, også bli lagt til grunn i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Se mer om dette under punkt 5.2.5

5.2 Indirekte tap og konsekvenstap- innholdsmessig like?

I det følgende vil jeg vurdere om konsekvenstap og indirekte tap har det samme innholdet ved hjelp av forarbeidene til kjøpsloven, de ulike tapspostene, juridisk teori, samt rettspraksis. Jeg vil også drøfte ansvarsgrunnlagets innvirkning på konsekvenstapet.

5.2.1 Forarbeidene til kjøpsloven

For å vurdere et eventuelt innholdsmessig sammenfall mellom indirekte tap og konsekvenstap, er det hensiktsmessig å først gå til forarbeidene til kjøpsloven. Lovgiver har kun brukt klassifiseringen ”indirekte tap”; ordet ”konsekvenstap” nevnes ikke noe sted i kjøpsloven. Av forarbeidene til loven fremgår det at ”[b]egrepet « indirekte tap » (...) ikke [har] noe helt entydig innhold i kontraktpraksis. Begrepet nyttes imidlertid som regel til å beskrive visse mer eller mindre fjerntliggende tapsposter som er vanskelig kalkulerbare på forhånd.”¹⁰⁸

Den samme forståelsen legges til grunn ved fastsettelsen av *konsekvenstap*, jfr. punkt 3.1 hvor det ble stadfestet at konsekvenstap knytter seg til de tap som ikke er umiddelbare følger av kontraktsbruddet. Det typiske trekket ved konsekvenstap, og fellestrekket med indirekte tap, er nettopp uforutsigbarheten som gjelder med hensyn til hvilke tap som kan komme til å oppstå, samt deres størrelse.

Videre i forarbeidene heter det at ”[d]et norske lovutkastet i NU 1984:5¹⁰⁹ inneholder i § 71 (2) en definisjon av indirekte tap. Definisjonen foreslås å komme til anvendelse dersom det er tatt forbehold vedrørende ansvar for *indirekte tap, konsekvenstap eller liknende*.” (min

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 40

¹⁰⁹ Den nordiske kjøpslovutredningen (til CISG)

uth.).¹¹⁰ Det samme fremgår også av de særskilte bemerkningene til § 67, hvor det heter at ”[d]essuten vil bestemmelsen [§ 67] kunne tjene som retningslinje for tolkingen av ansvarfrihetsklausuler med hensyn til indirekte tap, konsekvenstap og liknende.”¹¹¹

Her knyttes det en link fra indirekte tap i kjøpsloven, til konsekvenstapene som oppstår i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven. Har partene i en kontrakt tatt forbehold mot dekning av den andres konsekvenstap, men unnlatt å definere nærmere hva det innebærer, kan veiledning hentes fra definisjonen av indirekte tap. I kjl i dag er det § 67 (2) som definerer indirekte tap. Definisjonen består av, slik beskrevet under punkt 4.1.2.2, en rekke tapsposter. Disse tapspostene kan således bli lagt til grunn i en kontrakt som ikke er omfattet av kjøpslovens bestemmelser. Ut i fra dette kan det være nærliggende å trekke den slutning at lovgiver har ment å sette et likhetstegn mellom indirekte tap og konsekvenstap.

Videre bør drøftelsen forarbeidene foretar om erstatningsansvaret ”bør differensieres i forhold til tapets art”, nevnes.¹¹² Her begrunnes skillet mellom direkte og indirekte tap med at det allerede er innarbeidet kontraktspraksis at partene avtaler en begrensning i erstatningsansvaret mot indirekte tap. Det kan her vises til punkt 3.1.1, hvor jeg, i likhet med forarbeidene, har stadfestet at slike ansvarsfraskrivelser skyldes behovet for forutsigbarhet. Ved en slik fraskrivelsesklausul holdes ”[m]uligheten for erstatningsansvar (...) innenfor kalkulerbare grenser.”¹¹³ Med skillet mellom direkte og indirekte tap i kjøpsloven har lovgiver tatt hensyn til denne praksisen; ved en slik lovfesting har man forsøkt å redusere behovet for ansvarsfraskrivelser,¹¹⁴ i og med at ansvar for indirekte tap forutsetter ansvar på culpagrunnlag.

¹¹⁰ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 40

¹¹¹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 123

¹¹² Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 35

¹¹³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 36

¹¹⁴ l.c.

For det første kan det bemerkes at dette lovfestede skillet tilsynelatende ikke har hatt nevneverdig innvirkning på kontraktspraksisen, slik gjennomgangen av et fåtall standardkontrakter ovenfor vist. Disse inneholder fremdeles begrensninger av ansvar for konsekvenstap

For det andre vitner den nevnte redegjørelsen fra forarbeidene om at man ved å nevne indirekte tap, også har hatt konsekvenstap som et synonymt begrep i tankene, jfr. henvisningen til ansvarsfraskrivelsesklausuler, som stedvis også bruker benevnelsen konsekvenstap. I motsatt fall kunne det ventes at konsekvenstap hadde blitt uttrykkelig nevnt i forbindelse med henvisningen til kontraktspraksis, og at forholdet mellom indirekte tap og konsekvenstap hadde blitt klargjort.

Dette viser at man i kjøpsloven ikke har forutsatt noe skille mellom konsekvenstap og indirekte tap ved å bruke sistnevnte betegnelse. Lovgiverens intensjoner kan i så måte ha vært i fornyede tradisjonelle lære om konsekvenstap i moderne lovbestemmelser om indirekte tap. Dette illustrerer samtidig et interessant samspill mellom praksis og lov, ettersom "[d]et må anses som en fordel at man i lovgivningen tar hensyn til denne praksis."¹¹⁵ Lovgivningen etterfølger en forutgående praksis. Slik skrevet over, blir det i følge lovgiverens formål med indirekte tap, formentlig mindre behov for ansvarsfraskrivelser, ettersom disse tapene i kjøpsloven betinges av culpaansvar. Derfor vil man ikke være erstatningsansvarlig for indirekte tap med mindre man har opptrådt culpøst, noe man uansett ikke kan fraskrive seg ansvaret for.¹¹⁶ Anvendelsen av indirekte tap på forhold utenfor kjøpsloven fører her til det samme resultatet som de ovennevnte standardkontraktene anviser.

Vilkåret om culpaansvar for erstatning for indirekte tap, er et bevisst valg fra lovgiver sin side. Det kan igjen minnes om forarbeidene¹¹⁷ som sier at man konsekvent har valgt å

¹¹⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 36

¹¹⁶ Se også under punkt 3.1.1

¹¹⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 36

differensiere mellom ulike ansvarsgrunnlag avhengig av hva slags tap som foreligger; direkte eller indirekte. Med denne sontringen er det samtidig mulig å opprettholde et strengt ansvar for direkte tap. Det kan følgelig innvendes mot en analogisk bruk av indirekte tap i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, at dersom man opphever bruken av begrepet konsekvenstap, mister man denne grunnleggende sontringen- da må man også i kontrakter som ikke reguleres av kjøpsloven, godtgjøre at debitor har opptrådt culpøst for å få erstatning for konsekvenstapet.

På den andre siden ville man ved å lovfeste en sontring mellom ansvarsgrunnlagene avhengig av tapets karakter, nettopp ta høyde for den allerede foreliggende kontraktspraksis hvor det er vanlig å avgrense erstatningsansvaret mot indirekte tap. Det kan sågar hevdes at man med skillet mellom direkte og indirekte tap, ønsket å legge en *demper* på slike avtalte klausuler, jfr. uttalelse fra forarbeidene om at "[b]ehovet for ansvarfraskrivninger minskes dersom ansvaret for indirekte tap gjøres avhengig av at parten har utvist feil eller forsømmelse."¹¹⁸ Med andre ord søkte man å eliminere noe av det som gjelder i kontraktsretten for øvrig, nemlig at man ikke trenger å ha utvist culpøs atferd for å bli erstatningsansvarlig for konsekvenstap.

I forlengelsen av det som er nevnt ovenfor, kan det således påstås at lovgiver ved å lovfeste en differensiering av ansvarsgrunnlagene, heller søkte å videreføre læren om avledede følger slik den gjaldt i den alminnelige kontraktsretten forut for kjøpsloven av 1988, ved å bygge på ansvarsfraskrivelsesklausuler, enn å fornye den. Dette er et vektig argument som taler i retning av at hensikten med indirekte tap var at det også skulle innbefatte konsekvenstap. Lovfestingen var ment å innebære en forenkling for kontraktspartene, i og med at slike tap nå ble gjort betinget av grovt uaktsom eller forsettlig opptreden, jfr. "feil eller forsømmelse" etter § 27 (5). Slik skulle reglene om indirekte tap legge en demper på den uforutsigbarheten som fordrer partene til å avtale slike begrensninger i erstatningsansvaret.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 36

Men; uavhengig av lovgiverens intensjoner med innføringen av en slik sontring mellom ansvarsgrunnlagene, er begrepet konsekvenstap festnet i praksis, og det er tvilsomt om det lar seg "oppheve" like enkelt. Meningen var dog ikke å oppheve uttrykket, men å la indirekte tap tjene som en slags norm ved tolkningen av avtalte klausuler som avgrenser erstatningsansvaret mot "(...) indirekte tap, konsekvenstap og liknende." Videre fremholdes det at "[m]ed de ansvarsregler som legges til grunn i proposisjonen, blir det ikke lenger samme behov for slike forbehold."¹¹⁹ Hvorvidt lovgiverens intensjoner oppfylles i praksis, er ikke enkelt å si. Likevel er kjøpsloven den loven på kontraktsrettens område som har fått størst gjennomslagskraft utenfor sitt umiddelbare område, jfr. blant annet at innføringen av kontrollansvaret i kjøpsloven har ført til at kontrollansvaret har tatt over som det alminnelige ansvarsgrunnlaget på den ulovfestede kontraktsrettens område.¹²⁰ Av den grunn kan i utgangspunktet en analogisk anvendelse av § 67 utenfor kjøpsloven på sikt tenkes å ta over for noen av de kontraktsbestemte klausulene om ansvarsbegrensninger.

5.2.2 Tapsposter

Det er naturlig å ta for seg de ulike tapspostene innenfor henholdsvis for konsekvenstap og indirekte tap, for å vurdere om det er symmetri mellom begrepene. Tapspostene ble det redegjort for under punktene 3.3 og 4.1.2.2. I det følgende begrenser jeg meg til en sammenligning av disse.

5.2.2.1 Driftstap/ driftsavbrudd

Både driftstap- og avbrudd, i både de kontraktene som reguleres av kjøpsloven, og de som er underlagt den ulovfestede kontraktsretten, innebærer at driften/ produksjonen enten stopper opp, kvantitativt minskes eller at kvaliteten forringes.

¹¹⁹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 40

¹²⁰ Hagstrøm (2003) s. 504

Konverteringsmuligheten fra indirekte til direkte tap i kraft av § 67 (3) litra a er imidlertid særegen for nettopp de indirekte tapene i kjøpsloven. Et driftstap som oppstår som følge av brudd på en kontrakt *utenfor kjøpsloven*, vil være omfattet av konsekvenstapsposten, og ikke bli omgjort til et annet type tap, uavhengig av om kreditor ved andre tiltak greier å begrense tapsomfanget.

5.2.2.2 Avsavnstap

I både indirekte tap og konsekvenstap defineres posten avsavnstap som tap som oppstår som følge av at tingen ikke kan brukes slik forutsatt i avtalen. Som eksempel kan nevnes en maskin som ikke produserer like mye av et spesielt produkt som partene opprinnelig hadde forutsatt.¹²¹ I kjøpsloven kan imidlertid dette indirekte tapet omgjøres til et direkte tap i medhold av § 67 (3). § 67 (3) litra a vil være det praktiske alternativet her, og denne bestemmelsen sier at dersom kreditor benytter seg av en eller annen surrogatløsning for å minske eller kompensere for tapet, regnes dette som et direkte tap. Forarbeidene uttaler sågar at annet ledd litra b har relativt liten selvstendig betydning.¹²² Se mer om konvertering av tap under punkt 5.2.2.4.1.

5.2.2.3 Mislighold/ bortfall av kreditors egne kontrakter

Tap som følge av at debitors mislighold forårsaker bortfall av kreditors egne kontrakter, er også felles for begge de to tapstypene. § 67 (2) litra c har derimot et snevrere nedslagsfelt enn den tilsvarende posten under konsekvenstap. Denne bestemmelsen omfatter kun *tapt fortjeneste* som er forårsaket av et kontraktsbortfall; alle andre tap som oppstår i kjølvannet av en bortfalt avtale, regnes som direkte tap i kjøpsloven (såfremt de ikke omfattes av de øvrige bestemmelsene i § 67 (2)).

¹²¹ Herre (1996) s. 432

¹²² Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 124

Videre kan tapt fortjeneste etter kontraktsbortfall- eller mislighold i medhold av § 67 (2) litra c, bare regnes som indirekte tap i den utstrekning kjøperen uten rimelig grunn lar være å foreta dekningskjøp, eller treffe andre tiltak for å unngå eller minske tapet. Ved denne vurderingen skal man også være oppmerksom på reglene i tredje ledd. Dreier det seg således om bortfall av kreditors egne kontrakter, og vi er innenfor kjøpslovens område, vil tapt fortjeneste kun være indirekte tap dersom kreditor forsømmer sin tapsbegrensningsplikt, jfr. § 70 (1).

5.2.2.4 Ytelsens skadevoldende egenskaper/ tap som følge av skade på andre gjenstander

I kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, hvor ytelsen ikke er kontraktsmessig fordi den har skadevoldende egenskaper, faller de *tapene* som oppstår som følge av at ytelsen er mangelfull, inn under konsekvenstap, men ikke de *skadene* ytelsen påfører, se punkt 3.3.4. Slik skrevet under dette punktet, omfattes visse typer produktskader riktignok av produktansvaret, men de regnes likevel som konsekvenstap, og reguleres således av kontraktsansvaret. Kontraktsansvaret dekker de tapene som oppstår ved at ytelsens skadevoldende egenskaper viser seg *før* de fører til en skade.¹²³

Disse tapene er i stor grad sammenfallende med de tapene som, noe implisitt, er gjort til direkte tap i § 67 (2) litra d. Det er, slik skrevet tidligere, de tapene som faktisk *fremgår* av bestemmelsen som regnes som direkte tap. *Andre* tap enn de som er opplistet, er indirekte tap. Utgangspunktet er at ansvaret for skader på annet enn salgstingen selv reguleres av produktansvaret, men det er likevel "(...) naturlig at visse skader på annet enn salgstingen selv blir regulert av kjøpsloven (...)."¹²⁴ Forarbeidene stadfester også at rettspraksis kan strekke det kjøpsrettslige ansvaret noe lenger enn forutsatt i forarbeidene, men dette

¹²³ Hagstrøm (2003) s. 546

¹²⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 124

ansvaret ”(...) vil være et ansvar for indirekte tap som bare vil kunne bygges på culpa fra selgerens side.”¹²⁵

De tapene grunnet ytelsens skadevoldende egenskaper som reguleres av kontraktsansvaret, er altså de samme som er gjort til direkte tap i kjøpsloven. Således kan det slutes at de indirekte tapene i den nevnte bestemmelsen, *ikke* er paralleller til de skadene som regnes som konsekvenstap i kontraktsretten.

Denne diskrepansen mellom indirekte tap og konsekvenstap, kan tas til inntekt for at det faktisk er en forskjell når det gjelder disse tapspostenes innhold, i alle fall når det gjelder de skadevoldende egenskapene. Det vil med andre ord være en vesentlig forskjell i erstatningsdekningen hvis ytelsens skadevoldende egenskaper har manifestert seg, avhengig av om kontraktsforholdet er underlagt ulovfestet kontraktsrett, eller kjøpsloven. Reguleres kontrakten av kjøpsloven, kan det hevdes at det sannsynligvis vil gis dekning for flere skader, i og med at mange av skadene vil falle inn under kategorien direkte tap, enn om kontrakten i sin helhet er underlagt den alminnelige kontraktsretten, hvor de samme tapene klassifiseres som konsekvenstap.

5.2.2.4.1 Konverteringsbestemmelsen

Det er verdt å trekke frem kjl. § 67 (3) som en vesentlig forskjell mellom indirekte tap og konsekvenstap. Bestemmelsen lister opp tap som regnes som direkte tap, selv om de i utgangspunktet klassifiseres som indirekte tap. Denne regelen, som under redegjørelsen av tapspostene under de foregående punktene, også er uttrykt som en konverteringsbestemmelse, er følgelig en av de største ulikhetene mellom indirekte tap og konsekvenstap. Selv om tapspostene som fremgår av § 67 (2) og de som omfattes av konsekvenstap, er like, har man i en kontrakt som er underlagt den alminnelige kontraktsretten, ikke adgang til å omgjøre konsekvenstap til direkte eller umiddelbare tap.

¹²⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 27

Som en av de vesentligste innholdsmessige ulikhetene mellom indirekte tap og konsekvenstap, oppstiller denne bestemmelse samtidig et av de største hindrene mot å gi indirekte tap i kjøpsloven analogisk anvendelse på andre kontrakter. Bestemmelsen er en nyskapning som ble innført med indirekte tap, og som ikke eksisterer i det tradisjonelle konsekvenstapet. Avslutningsvis under punkt 3.1.1 har jeg nevnt at analogisk bruk av indirekte tap på andre kontrakter, fører til det samme resultatet som når kontraktspartene selv avtaler ansvarsfrihet for konsekvenstap. Men, i og med § 67 (3), vil resultatet neppe bli helt likt; kreditor vil kunne omgjøre sine indirekte tap til direkte, noe det som regel ikke er adgang til i de partsavtalte ansvarsbegrensningene. En slik anvendelse av indirekte tap i kjøpsloven i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, med altså den muligheten det innebærer til omgjøring av indirekte til direkte tap, vil neppe fjerne behovet for klausuler om ansvarsfrihet som forarbeidene til kjøpsloven sikter til.

5.2.3 Kjøpsloven av 1907¹²⁶

Et annet interessant spørsmål som kan tas opp for å vurdere sammenhengen mellom indirekte tap og konsekvenstap, er om direkte og indirekte tap slik de er angitt i kjl. § 67 (1) og (2), er basert på alminnelige kontraktsrettslige regler, eller om lovgiver positivt i og med bestemmelsen, har angitt en rekke nye tapsposter.

Den gjeldende kjøpslovens forgjenger, kjøpsloven av 1907, bygde for det meste på tidligere ulovfestet rett, og innebar hovedsakelig en kodifisering av denne.¹²⁷ I denne loven finner vi det objektive ansvaret med unntak for force majeure, jfr. § 24 og § 43 (3). Dette ansvaret gjaldt for genusytelser. Skillet mellom genus- og specieytelser ble erstattet av kontrollansvaret som er nedfelt i gjeldende kjl. § 27, slik redegjort for under punktene 2.1 og 4.1.2.

¹²⁶ Lov om kjøb av 24. mai 1907 nr. 2

¹²⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 5

I kjøpsloven fra 1907 var det ikke gjort noen distinksjon mellom direkte og indirekte tap. Av § 25, som gjaldt både i mangels- og forsinkelsestilfeller, fremgår det bare at dersom det ikke føres bevis for at også annet tap er lidt, fastsettes erstatningen til en eventuell differanse mellom kjøpesummen og det en tilsvarende ytelse som kontraktsytelsen kostet på leveringstidspunktet (betingelsen må imidlertid være at kreditor enda ikke har erlagt kjøpesummen). I den eldre kjøpsloven hadde man altså ingen samlet angivelse av erstatningsberegningen. I de tilfellene hvor § 25 ikke kom til anvendelse, ble de alminnelige obligasjonsrettslige reglene om erstatning brukt.¹²⁸

Dette betyr at de bestemmelsene om indirekte tap som nå fremgår av kjl. § 67 (2), er nye regler i lovs sammenheng, og som tidligere ikke var kodifisert. I enkelte bestemmelser i kjøpsloven fra 1988, er det tale om en kodifikasjon av alminnelige regler og prinsipper, som for eksempel § 67 (1) og § 70 (1) og (2), mens andre steder er det snakk om ny rett.¹²⁹ Det samme skriver Hagstrøm; den nye kjøpsloven er på mange steder en kodifisering av eldre obligasjonsrettslige regler og prinsipper, så som omfanget av erstatningen i kapittel X. Reglene i § 67 (2) er dog unntatt.¹³⁰ Disse ble tatt inn blant annet for å ta høyde for den allerede eksisterende kontraktspraksisen om ansvarsfraskrivelse for indirekte tap.

Reglene om erstatning ved kontraktsbrudd har lenge eksistert i den ulovfestede kontraktsretten. Spørsmålet som reiser seg, er om reglene om indirekte tap, som altså er en nyskapning i lovsammenheng, er ment å skulle kodifisere reglene konsekvenstap slik disse er utpenslet i den alminnelige kontraktsretten.

I de tilfellene kjøpsloven ikke løser et spørsmål om erstatning, vil de alminnelige erstatningsreglene bli anvendt.¹³¹ Det innebærer nødvendigvis at også regler om konsekvenstap kan komme til anvendelse på et kontraktsforhold som i utgangspunktet var underlagt kjøpslovens regime. Det er dermed nærliggende å anta at reglene om indirekte

¹²⁸ Krüger (1999) s. 501

¹²⁹ l.c.

¹³⁰ Hagstrøm (2003) s. 67

¹³¹ Krüger (1999) s. 501-502

tap baserer seg på konsekvenstap, i alle fall når det legges til grunn at det i kontraktsretten forut for dagens kjøpslov, var mulig å begrense erstatningsansvaret mot avledede følger av misligholdet ved hjelp av manglende adekvans, et vilkår som også gjelder for indirekte tap.

5.2.4 Ansvarsgrunnlagenes innvirkning på konsekvenstap

I motsetning til indirekte tap, er erstatning for konsekvenstap ikke avhengig av hvilket ansvarsgrunnlag som oppstilles i det enkelte tilfelle- dekning for tapet er ikke betinget av at det statueres ansvar på culpagrunnlag. Krüger uttaler at ”(...) påvist ansvarsgrunnlag betinger [i prinsippet] til full erstatning for ethvert dokumentert økonomisk tap forvoldt på adekvat måte ved det ansvarsbetingende forhold.”¹³² Så lenge det altså foreligger et ansvarsgrunnlag, er misligholdende part erstatningsansvarlig også for konsekvenstap. Dette tapet skal således erstattes på lik linje med øvrige tap. Det samme gjelder i prinsippet også for indirekte tap, som i utgangspunktet skal dekkes på lik linje med andre tap, men her har lovgiver oppstilt en særregulering i form av culpaansvar som en betingelse for erstatning av kreditors indirekte tap.

Dette betyr likevel ikke at all konsekvenstap erstattes uansett. Vilkåret om adekvans kommer inn som en mulig begrensning av erstatningsansvaret. Slik skrevet under punkt 2.3, bidrar vilkåret om adekvans til en viss normalisering av tapet. Denne funksjonen kommer godt til syne i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, da adekvansen i disse tilfellene ofte kan avskjære erstatning for konsekvenstap.¹³³

Det er imidlertid ansvarsgrunnlaget som har størst innvirkning på hvor snevert eller vidt grensen for adekvansen skal trekkes.¹³⁴ Har debitor opptrådt ”skjødesløst”,¹³⁵ tøyes adekvansgrensen, i motsetning til tilfeller hvor misligholdet skyldes et hendelig uhell. Dekning av indirekte tap i kjøpsloven er avhengig av at det foreligger ansvar på

¹³² Krüger (1989) s. 782

¹³³ Krüger (1989) s. 820

¹³⁴ Hagstrøm (2003) s. 531

¹³⁵ Krüger (1989) s. 820

culpagrunnlag. En slik absolutt avgrensning eksisterer ikke i den øvrige kontraktsretten. Dersom det først konstateres at det foreligger et utpreget konsekvenstap, vil ansvarsgrunnlaget legge føringer for adekvansvurderingen. Er det oppstilt ansvar på objektivt grunnlag, kan adekvansbetraktningen avskjære tapet. Oppstilles det derimot culpaansvar, vil vilkåret om adekvans ikke oppstille store hindre i forhold til å få tilkjent konsekvenstapet- grensen for adekvansbetraktningen settes videre. Det vises her til punkt 4.1.3, hvor det er redegjort for hvorfor culpaansvaret medfører ansvar for flere tapsposter enn det objektive (kontroll)ansvaret.

Dette kan sies å være en vesensforskjell mellom indirekte tap og konsekvenstap: Reguleres en kontrakt fullt og helt av kjøpsloven, vil kreditor i tilfelle han lider et indirekte tap, ikke få erstattet dette dersom det statueres et kontrollansvar for debitor. Er en kontrakt derimot ikke underlagt kjøpsloven, eller har partene avtalt at erstatningsreglene i kjøpsloven ikke skal gjelde i deres forhold, jfr. lovens deklarasjoniske karakter fastsatt i § 3, vil utgangspunktet være at konsekvenstap dekkes på lik linje med øvrige tap. I den videre vurderingen vil derimot ansvarsgrunnlaget være avgjørende for hvilke tap som regnes som adekvate nok til å bli erstattet. Motsetningsvis er det altså i kjøpsloven konsekvent gjennomført en differensiering med hensyn til hvilket ansvarsgrunnlag som dekker hvilke tap. En slik, noe skjematisk, avgrensning er det ikke mulig å foreta i ulovfestet kontraktsrett.

Adekvansvurderingen kan følgelig sies å komme inn på ulike stadier; ved vurderingen av *konsekvenstap* avhenger altså adekvansvilkåret av ansvarsgrunnlaget: Etter å ha konstatert enten culpa- eller kontrollansvar, har konklusjonen her innvirkning på hvor langt adekvansen rekker. Dreier det seg derimot om *indirekte tap*, må det nødvendigvis innebære at det allerede er statuert culpaansvar, og adekvansvurderingen tas i utgangspunktet adskilt fra ansvarsgrunnlaget. Men adekvansvilkåret vil gjøre seg gjeldende også her; adekvans er jo et av grunnvilkårene for erstatning, og fremgår også av kjl. § 67 (1) annen setning. Adekvansvurderingen i kjøpsloven vil imidlertid være mer knyttet opp mot *tapets* adekvans som sådan, og ikke så mye opp mot ansvarsgrunnlaget, som jo nødvendigvis må være

culpa. Det skal dog bemerkes at graden av skyld innenfor culpaansvaret vil ha en viss innvirkning på hvor mange tap det er rimelig at debitor bærer ansvaret for.

Oppsummeringsvis; hovedregelen for både konsekvenstap og indirekte tap er at tapene erstattes fullt ut, men for indirekte taps vedkommende kreves kvalifisert ansvarsgrunnlag. Begge tapsdekningene er imidlertid avhengig av kravet til adekvat årsakssammenheng, men utgangspunktet for vurderingene er ulikt: Om det er adekvat årsakssammenheng mellom misligholdet og *konsekvenstapet* vil i stor grad være farget av ansvarsgrunnlaget. Tas den samme adekvansvurderingen i forhold til *indirekte tap*, vil denne knytte seg til tapets art og omfang.

5.2.5 Rettspraksis

Jeg går nå over til å vurdere om det i rettspraksis er oppstilt noen skiller mellom indirekte tap og konsekvenstap, eller om disse begrepene har blitt anvendt med det samme innholdet for øye.

Rt. 1989 s. 852 (298-89) omhandlet et agenturforhold som ble oppsagt av oppdragsgiveren tidligere enn det som var fastsatt i kontrakten. Agenten krevde erstatning for den positive kontraktsinteressen, erstatning for avledede følger av oppsigelsen, som blant annet bestod av at en del ansatte gikk over til det selskapet som overtok som agent, samt etterprovisjon. Partene var enige om erstatning for den positive kontraktsinteressen, og Høyesterett tilkjente agenten etterprovisjon. Erstatning for avledede følger av oppsigelsen, altså konsekvenstap, ble imidlertid ikke tilkjent. Førstvoterende uttalte om dette at "[j]eg kan ikke se at det er anført noe holdbart grunnlag for et slikt krav. Det er ikke ført bevis for at Sotra [oppdragsgiver] har opptrådt illojalt overfor Heitmann [agent] i forbindelse med at flere av Heitmanns ansatte gikk over i det nystiftede selskap som overtok agenturet. Jeg

kan heller ikke se at Sotras opptreden for øvrig kan begrunne noe erstatningskrav. Sotra må derfor frifinnes for dette krav.¹³⁶

Her kan det tilsynelatende virke som om oppdragsgiveren måtte ha opptrådt illojalt eller lignende for at ansvar for konsekvenstapet kunne pålegges; han måtte med andre ord ha opptrådt culpøst. Retten gir likevel ikke uttrykk for at dette gjelder som en forutsetning for at erstatning for konsekvenstap skal tilkjennes, jfr. uttalelsen om at det ikke var anført noe ”holdbart grunnlag” for dette kravet (min uth.).¹³⁷ Det vil si at det ikke ville hatt betydning om det var kontrollansvar eller culpaansvar som ble anført; det avgjørende ville i begge tilfelle ha vært om det aktuelle grunnlaget var tilstrekkelig til å idømme ansvar for konsekvenstapet.

En annen dom avsagt i lagmannsretten, inntatt i RG. 1994 s. 308, dreide seg om et erstatningskrav byggherren gjorde gjeldende overfor et flisleverandørselskap etter mangelfull flislegging i et kjøpesenter. Byggherren krevde erstattet utbedringskostnadene, noe han fikk (noe redusert). Retten kom imidlertid med en interessant bemerkning om at ”[d]et formelle ansvarsgrunnlag anses å være objektivt ansvar for misligholdt utbedringsplikt, som *ikke* kan gi grunnlag for *fradrag* for ”konsekvenstap”, slik byretten har gjort.” (min uth.).

I begge dommene ser vi ansvarsgrunnlagenes innvirkning på erstatningen, slik jeg har redegjort for under punkt 5.2.4. I den nevnte saken fra lagmannsretten var det snakk om konsekvenstap, og det faktum at ansvarsgrunnlaget var oppstilt på et objektivt grunnlag, avskar ikke erstatningskravet. Hadde derimot kjøpsloven regulert forholdet, og tapet hadde vært et indirekte tap, ville et objektivt ansvarsgrunnlag ikke strukket seg så langt som til å dekke det aktuelle tapet.

¹³⁶ Se dommens side 860-861

¹³⁷ Rt. 1989 s. 852 (298-89) her fra s. 860

Videre kan Rt. 1982 s. 1357 (340-82) nevnes. I denne saken hadde saksøker kjøpt et lagerbygg av saksøkte, men bygget raste sammen fordi det ikke tålte snøbelastningen på taket. Høyesterett tilkjente saksøker prisavslag, samt erstatning for hans tap (noe lavere enn påstanden), som blant inkluderte hans driftstap.

De interessante uttalelsene kom imidlertid lagmannsretten med,¹³⁸ som for øvrig ikke fant grunnlag for et erstatningsansvar. Under vurderingen av konsekvenstapet, uttalte retten at ”[e]tter dette må erstatning for konsekvenstap være utelukket fordi betingelsene for erstatning ikke er til stede verken på et culpagrunnlag eller objektivt grunnlag”.¹³⁹ Av denne passusen fremgår det klart at tilkjenning av konsekvenstap er uavhengig av hvilket ansvarsgrunnlag som oppstilles, noe som ikke ville ha vært tilfelle dersom kjøpsloven hadde blitt anvendt.

En annen tilnærming til spørsmålet om kontrollansvar utenfor de lovregulerte tilfellene, og om skillet mellom direkte og indirekte tap, ble foretatt av mindretallet i Rt. 2008 s. 537. Dommen dreide seg om dekningen av en ansvarsforsikring som gjaldt helsepersonell. En øyelege eide og drev en øyekirurgisk klinikk. I løpet av en ettårsperiode, opererte legen inn kunstige øyelinser importert fra USA på pasienter hvis egne linser var rammet av grå stær. Det viste seg imidlertid etter hvert at de kunstige linsene var defekte, som følge av dårlig forpakning. Denne bristen ved linsene, medførte, naturlig nok, at linsene ikke fungerte optimalt. Dermed måtte legen operere pasientene på nytt, og erstatte de kunstige linsene med nye linser. Dette medførte økte kostnader for klinikken.

Legen hadde tegnet en ansvarsforsikring som, i følge vilkårene, dekket ”erstatningsansvar for virksomhet som lege”. Som følge av at partene var enige om at legen ikke hadde opptrådt uaktsomt da han opererte inn de skadede linsene, og at de økte kostnadene skyldtes en feil ved linsene som sådan, ble ikke forsikringssummen utbetalt. Dette synspunktet fikk også medhold av flertallet i Høyesterett, som begrunnet det med at

¹³⁸ Dommen fra lagmannsretten inntatt i Rt. 1982 s. 1357 (340-82) fra s. 1372

¹³⁹ Rt. 1982 s. 1357 (340-82) her fra s. 1374

kundene sto i kontraktsforhold med *selskapet*, som ikke var dekket gjennom forsikringen. Forsikringen gjaldt legen *selv*, som altså ikke hadde opptrådt uaktsomt. De to dissenterende dommere inntok det motsatte standpunkt om at forsikringen skulle komme til utbetaling, fordi ”(...) forsikringen må omfatte alt erstatningsansvar overfor pasienter som måtte oppstå i legens virksomhet. Hvordan legen har valgt å organisere virksomheten, er - og bør være - uten betydning.”¹⁴⁰

I sitt mindretallsvotum fremholdt dommer Skoghøy at det i tilfeller av levering av generiske ytelser utenfor kjøpsloven, gjelder et objektivt ansvar for debitor. Men dersom misligholdet er forårsaket av en hindring utenfor debtors kontroll, og som han ikke med rimelighet kan forventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden, blir han fri for ansvar, forutsatt at hindringen er av en slik art at det ikke med rimelighet kan forventes at han kunne unngå eller overvinne følgene av den. Dette er det samme som kontrollansvar slik det er nedfelt i kjl. § 27 (1), jfr. også § 40 (1). Kjøpsloven oppstiller ikke noe skille mellom genus- og specieytelser, slik at kontrollansvaret også gjelder individuelt bestemte ytelser.

Annenvoterende dommer Skoghøy sier videre at ”[i]nnenfor området for kjøpsloven gjelder det objektive ansvar bare direkte tap, se kjøpsloven § 40, jf. § 67. Hvis det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må dette også antas å gjelde utenfor kjøpslovens område.”¹⁴¹

Skoghøy viser også til Hagstrøm,¹⁴² og sier at kontrollansvaret på ulovfestet grunnlag kun gjelder for generiske ytelser.¹⁴³ Et så bastant synspunkt gir imidlertid Hagstrøm neppe uttrykk for. Riktignok gis foreløpig ikke kontrollansvaret utenfor kjøpsloven anvendelse reservasjonsløst også for specieytelser, men dette er under utvikling.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Se dommens avsnitt 45

¹⁴¹ Rt. 2008 s. 537 avsnitt 58

¹⁴² Hagstrøm (2003) s. 502 flg.

¹⁴³ Se dommens avsnitt 58

¹⁴⁴ Hagstrøm (2003) s. 504

Det er viktig å understreke at i og med at dette kun er et mindretallsvotum, og således ikke en del av den rettskraftige domsavgjørelsen, har domsuttalelsene begrenset rettskildemessig vekt. Det kan likevel av dette votumet trolig slutes at det objektive ansvaret, i følge dommer Skoghøy, innenfor ulovfestet kontraktsrett ikke innebærer dekning for konsekvenstap, men bare for de direkte tapene. Her foreligger det således en divergens mellom dette og det jeg har redegjort for over; nemlig det faktum at dekning for konsekvenstap i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, ikke er betinget av ansvar på culpagrunnlag. Dommer Skoghøy forfekter det synspunkt at så lenge kontrollansvaret har tatt over som det alminnelige ansvarsgrunnlaget, må det også ta med seg inndelingen i kjøpsloven mellom ulikt ansvarsgrunnlag for ulike tap.

Mot dette kan det innvendes at det neppe er noen automatikk i at kjøpslovens inndeling skal følges også utenfor kjøpsloven. Kjøpsloven har riktignok hatt stor gjennomslagskraft i den øvrige kontraktsretten, men å hevde at dekning for avledede tap utenfor kjøpsloven, betinger culpa, kan virke noe kunstig. Oppstilles en slik norm i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, er dette egnet til å begrense den alminnelige avtalefriheten som muliggjør ansvarsfraskrivelse for nettopp slike tap. Selv om det er antatt at man ikke kan fraskrive seg ansvar for forsettlig eller grovt uaktsom opptreden, utledes dette ”forbudet” fra alminnelig kontraktsrettslig praksis som sådan, og av hensyn til skadelidende part, enn fra innføringen av indirekte tap i kjøpsloven.

5.2.6 Juridisk teori

I det følgende vil jeg redegjøre for hvordan et eventuelt skille mellom indirekte tap og konsekvenstap fremkommer i et utvalg av juridisk teori.

I Augdahls fremstilling¹⁴⁵ fra 1978, altså før dagens kjøpslov trådte i kraft, avgrenses erstatningsansvaret mot altfor fjerne og upåregnelige følger. Hvor grensen for påregneligheten skal trekkes, beror blant annet på type ansvarsgrunnlag, slik jeg også har

¹⁴⁵ Augdahl (1978) s. 235

fremstilt under punktene 2.3 og 5.2.4. Dette er typisk for avgrensning av ansvaret under konsekvenstapene.

Hagstrøm¹⁴⁶ synes å likestille konsekvenstap og indirekte tap, uten noen inngående vurdering av om disse begrepene faktisk er like. Han sammenligner gjennomgående de ulike tapspostene under konsekvenstapene med tilsvarende poster i kjl. § 67 (2), og anser disse som parallelle størrelser.

Krüger¹⁴⁷ setter også et likhetstegn mellom indirekte tap og konsekvenstap. Etter å ha redegjort for at kontrollansvaret ikke medfører ansvar for de indirekte tapene, sier han at dette prinsippet strider mot utgangspunktet om at all påregnelig tap skal erstattes. Det virker imidlertid som om dette unntaket legitimeres ved at reglene i § 67 (2) har sitt motstykke i kontraktspraksis; det fremholdes at partene i praksis ofte avtaler en ansvarsbegrensning (se mer om klausuler om ansvarsbegrensning under punkt 3.1.1) ved at debitor ikke er ansvarlig for å erstatte kreditors eventuelle konsekvenstap, ”og da slik at ”konsekvenstap” nettopp blir tapsposter av det slag som er omhandlet i § 67 (2).”¹⁴⁸ Dermed spiller det ingen stor rolle om dekning av indirekte tap forutsetter culpaansvar, fordi klausulene om begrenset ansvar for konsekvenstap ”tar over” når ansvarsgrunnlaget i kjøpsloven ikke strekker til.

Her oppstilles det følgelig en parallellitet mellom konsekvenstap og indirekte tap, som er i samsvar med de likhetstrekkene som fremkom mellom tapspostene under punkt 5.2.2 (med unntak for § 67 (2) litra d og § 67 (3)).

I sin fremstilling av obligasjonsretten, avgrenser Arnholm¹⁴⁹ for det første erstatningen mot de fjernere tapene, selv om de er oppstått på grunn av misligholdet. Disse tapene avskjæres på grunn av manglende adekvans. For det andre avgrenser han mot de mer *avledede* tapene,

¹⁴⁶ Hagstrøm (2003) s. 543

¹⁴⁷ Krüger (1999). s. 508

¹⁴⁸ Krüger (1999) s. 508

¹⁴⁹ Arnholm (1966) s. 285-286

som, etter hans forståelse, kan sies å være sammenfallende med det vi forstår som indirekte tap. Disse oppfattes også som enda lenger unna misligholdet enn de nevnte *fferne* tapene. Som eksempel på et slikt tap nevnes bortfall av kontrakt kreditor selv har inngått med tredjemann, på grunn av debtors mislighold. Dette er en av postene innenfor konsekvenstapet, se punkt 3.3, og indirekte tap, se punkt 4.1.2.2.3. En annen tapspost Arnholm nevner, og som også omfattes av konsekvenstapet, er erstatning for avsavn, noe som blant annet vil kunne tilkjennes i forsinkelsestilfeller.¹⁵⁰

Begrepene konsekvenstap eller følgetap er ikke uttrykkelig benyttet, men det fremgår likevel av hans fremstilling av tapene at det er disse vi kjenner som konsekvenstap. De tapspostene som Arnholm redegjorde for i sin fremstilling i 1966, inngår også i gjeldende kjøpslov. Selv om uttrykket indirekte tap ikke var introdusert i 1966, kan vi trekke den slutning at indirekte tap, sammenholdt med hans fremstilling, er sammenfallende med konsekvenstap.

Professor Olav Torvund¹⁵¹ forfekter det synspunkt at indirekte tap og konsekvenstap er synonyme. Han hevder at "[i] noen kontrakter møter man uttrykkene *konsekvenstap* eller *følgetap* i stedet for indirekte tap, men man må kunne legge til grunn at ordene betyr det samme." Hvordan han trekker denne slutningen, er ikke like opplagt, men én begrunnelse kan være hans egen påstand om at dersom partene i en kontrakt henviser til indirekte tap, men uten å angi nærmere hva dette omfatter, vil det være en gunstig løsning i disse tilfellene å anvende kjl. § 67 (2). Selv om denne bestemmelsen er knyttet til sontringen mellom culpaansvar og kontrollansvar, kan annet ledd gis generell anvendelse, all den tid dette, sammen med avhendingsloven § 7-1, er den eneste klare regelen på dette punktet. Han anfører også i favør av generell anvendelse av disse bestemmelsene, at de "(...) i stor grad faller sammen med skiller som har vært utviklet i teorien (...)." Slike klare regler er også, i følge Torvund, å foretrekke fremfor en "varierende kontraktspraksis".

¹⁵⁰ Arnholm (1966) s. 286

¹⁵¹ http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_273

I teorien er det således stort sett sammenfall mellom tapspostene som faller inn under indirekte tap og konsekvenstap, slik redegjørelsen over viser. Alle synes å legge til grunn at konsekvenstap slik det benyttes i kontraktspraksis, og indirekte tap slik det fremkommer i kjøpsloven, i alle tilfeller fører til det samme resultat, noe Krüger og Torvund gir klare uttrykk for. Det kan synes påfallende at forholdet mellom konsekvenstap og indirekte tap ikke er blitt problematisert i større grad. Likevel taler en slik konsensus i teorien i retning av at det ikke oppfattes som om det er noe reelt innholdsmessig skille mellom indirekte tap og konsekvenstap.

6 Avslutning

Det foregående punktet om likheter og ulikheter mellom konsekvenstap og indirekte tap har vist at det i forarbeidene til kjøpsloven og i juridisk teori ikke oppstilles noe distinkt innholdsmessig skille mellom konsekvenstap og indirekte tap. Det samme har gjennomgangen av tapspostene vist, foruten § 67 (3) og ansvar for kontraktsytelsens skadevoldende egenskaper.

Den største ulikheten har vist seg i form av ansvarsgrunnlagenes innvirkning på konsekvenstapet; eller mer presist, en, i utgangspunktet, manglende innvirkning: Kontrollansvar avskjærer ikke automatisk erstatning for konsekvenstap, noe det gjør hvis det dreier seg om indirekte tap i kjøpsloven, og det er det mest fremtredende skillet mellom de to begrepene.

Spørsmålet som kan stilles, er om denne ulikheten er tilstrekkelig til å opprettholde bruken av begge begrepene. Rettspraksisen som jeg har redegjort for under punkt 5.2.5, har illustrert denne forskjellen ved heller ikke å oppstille noe krav om culpa hos debitor for å idømme erstatningsansvar for konsekvenstap. I praksis har dermed det faktum at det ikke er avgjørende om ansvar ilegges på culpa- eller kontrollgrunnlag, stor betydning.

Hvis man skulle komme til at det er mer hensiktsmessig å operere kun med benevnelsen indirekte tap, oppstår spørsmålet om dette er overførbart til den alminnelige ulovfestede kontraktsretten. Et bekreftende svar på dette spørsmålet baserer seg på argumentet om at uavhengig av om man anvender indirekte tap eller konsekvenstap, vil resultatet i det vesentlige bli det samme. Drøftes erstatningsansvaret utenfor kjøpsloven, er det adekvansen som vil være en grensesetter for om ansvaret dekker konsekvenstapet, uavhengig av om ansvarsgrunnlaget oppstilles på culpa- eller kontrollgrunnlag. Er det sistnevnte ansvarsgrunnlag som er det aktuelle, settes adekvansgrensen noe snevrere, og det skal nok en del til før det objektive ansvaret også dekker konsekvenstap.

Er derimot kontrakten underlagt kjøpsloven, vil dekning av de indirekte tapene forutsette culpaansvar. Det kan dermed påstås at i ulovfestet kontraktsrett, vil man ofte kunne komme til det samme resultatet som kjøpsloven anviser, bare ad vilkåret om adekvans som en grensesetter eller en begrensning av erstatningsansvaret. (Dette forutsetter imidlertid at det er avgjort at det foreligger et indirekte tap i kjøpslovens forstand, slik at dette ikke kan konverteres til et direkte tap i medhold av § 67 (3)).

Det kan likevel være farlig å trekke så stringente slutninger om at resultatet uansett vil bli det samme. Reelle hensyn kan tale i retning av at konsekvenstap bør opprettholdes, all den tid begrepet er innarbeidet i kontraktspraksis. Ved å bruke indirekte tap analogisk i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, mister man samtidig viktige nyanseforskjeller mellom dette begrepet og konsekvenstap: Distinksjonen som foreligger med hensyn til om det kreves kvalifisert ansvarsgrunnlag eller ikke, den ulike innvirkningen adekvansvilkåret har på de respektive tapene, samt konverteringsbestemmelsen i § 67 (3), som ikke har et motstykke i kontraktsretten for øvrig. Slik beskrevet tidligere, er det denne bestemmelsen som vanskeliggjør anvendelsen av indirekte tap i standardkontraktene redegjort for under punkt 3.1.1.

Avhandlingen har vist at selv om det er vesentlige likhetstrekk mellom konsekvenstap og indirekte tap, og selv om indirekte tap i noen grad er basert på konsekvenstap, eksisterer det ulikheter som får store konsekvenser i praksis. Til tross for at man med innføringen av indirekte tap i kjøpsloven tilstreber en tilnærming mellom lov og praksis, kan ikke en total tilnærming oppnås med mindre begrepene gjøres helt homogene. En konstatering av at det foreligger enten indirekte tap eller konsekvenstap, forutsetter ulike vilkår avhengig av om kontraktsforholdet er innenfor eller utenfor kjøpsloven, slik som for eksempel kvalifisert ansvarsgrunnlag i kjøpsloven.

Det kan hevdes at det er noe uheldig at det i teorien og standardkontraktene jeg har redegjort for, ikke bevisst skilles mellom konsekvenstap og indirekte tap. Likevel kan ikke dét tas til inntekt for at begrepene med dette er gjort homogene: Det tradisjonelle

konsekvenstapet som ikke er underlagt de føringene som indirekte tap i kjøpsloven, er en viktig del av ulovfestet kontraktsrett. Selv om partene i de nevnte kontraktspartene bruker begrepene vilkårlig, er det ikke gitt at hensikten med dette er å anvende kjøpslovens differensiering av ansvarsgrunnlag i forhold til tapets art. Avtalen skal i utgangspunktet tolkes etter sin ordlyd, og er ordlyden uklar, forsøker man å tolke den aktuelle bestemmelsen slik at den er i mest mulig samsvar med de øvrige bestemmelsene i avtalen.¹⁵² Unnlater partene å avtale nærmere hva som ligger i enten indirekte tap eller konsekvenstap, vil det være inngripende i dette tilfellet å ty til kjl. § 67 som bakgrunnsrett, i og med at konverteringsbestemmelsen da også vil få anvendelse. En annen forskjell av stor betydning mellom konsekvenstap og indirekte tap, er at i sistnevnte taps tilfelle, er tapspostene uttømmende angitt i kjl 67 (2). Tradisjonelt er det de samme tapspostene som også inngår i det ulovfestede konsekvenstapet, men det eksisterer likevel ingen uttømmende liste over hvilke tap som regnes som konsekvenstap. Dersom det er tale om ansvarsfraskrivelse for konsekvenstap i en kontrakt, kommer det an på hva *partene* har bestemt som konsekvenstap. Ellers må tapspostene fastsettes ut i fra det aktuelle tapets art og karakter.

Uansett om det antas at reglene om indirekte tap er bygget på konsekvenstapet,¹⁵³ har kjøpsloven ved indirekte tap oppstilt forskjeller med hensyn til ansvarsgrunnlag og adekvans. Krav til kvalifisert ansvarsgrunnlag, med tilhørende ulik adekvansvurdering, er nyskapninger som ikke automatisk kan legges til grunn i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven. En analogisk anvendelse av kjøpslovens indirekte tap i kontraktsforhold utenfor kjøpsloven, er i så henseende neppe en hensiktsmessig løsning. Ulikhetene som eksisterer er dermed tilstrekkelige til å opprettholde bruken av begge begrepene, i alle fall inntil Høyesterett i siste instans klargjør og definerer konsekvenstap.

¹⁵² Woxholth (2006) s. 411

¹⁵³ Se punkt 5.2.3

7 Litteraturliste

Lover

- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46
1992 Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93
1988 Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27
1907 Lov om kjøb av 24. mai 1907 nr. 2

Forarbeider

- Ot.prp. nr.80 (1986-1987). Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980.
NOU 1994:19. Finansavtaler og finansoppdrag. Delutredning nr. 1.
NU 1984:5 Nordiska köplagar.

Rettspraksis

Norsk Rettstidende

- Rt. 2008 s. 537
Rt. 2007 s. 1415
Rt. 1989 s. 852 (298-89)
Rt. 1983 s. 205
Rt. 1982 s. 1357 (340-82)
Rt. 1974 s. 269
Rt. 1967 s. 1059
Rt. 1959 s. 883
Rt. 1937 s. 323

Rettens Gang

- RG. 1994 s. 308

Utenlandsk rettspraksis

Nytt juridiskt arkiv (Sverige)

NJA 1913 s. 276

Ugeskrift for Rætsvæsen (Danmark)

UfR 1965 s. 43 H

UfR 1964.74 H

Amerikanske dommer

1975 Roanoke Hospital Association v. Doyle & Russell, Incorporated and Federal Insurance Company. (215 Va. 796, 214 S.E.2d 155). Sitert fra:

<http://www.constructionlawattorneyblog.com/Roanoke%20Hospital%20Case%20%28Consequential%20Damages%29.pdf> [Sitert: 27. januar 2010]

Engelske dommer

1949 Victoria Laundry (Windsor) v Newman Industries [1949] 2 KB 528. Sitert fra:

<http://www.a-level-law.com/caselibrary/VICTORIA%20LAUNDRY%20v%20NEWMAN%20INDUSTRIES%20%5B1949%5D%20%20KB%20528%20-%20CA.doc> [Sitert: 27. januar 2010].

1854 Hadley v Baxendale (1854) 9 Ex 341. Sitert fra:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html> [Sitert: 27. januar 2010].

Juridisk litteratur

Arnholm, Per *Privatrett Bind III. Almindelig obligasjonsrett.* Oslo, Tanum, 1966.

Augdahl, Per *Den norske obligasjonsretts almindelige del.* 5. utgave. Oslo, Aschehoug, 1978.

Hagstrøm, Viggo, i samarbeid med Aarbakke, Magnus. *Obligasjonsrett.* 3. utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

- Herre, Johnny *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadestandsberäkning.*
Stockholm, Juristförlaget, 1996.
- Krüger, Kai *Norsk kjøpsrett.* 4. utgave. Bergen, Alma Mater, 1999.
- Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett.* Bergen, Alma Mater, 1989.
- Kruse, Vinding A. og Møller, Jens. *Erstatningsretten.* 5. utgave. København, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1989.
- Lassen, Jul *Haandbog i obligationsrettens almindelige del.* 3. utgave.
København, Gad., 1917-1920
- Martinussen, Roald *Kjøpsrett.* 5. utgave. Oslo, Cappelen akademisk forlag, 2004.
- Stang, Fredrik *Erstatningsansvar.* Kristiania, Aschehoug, 1919.
- Woxholth, Geir *Avtalerett.* 6. utgave. Oslo, Gyldendal Akademisk, 2006.
- Øvergaard, Jørgen *Norsk erstatningsrett.* 2. utgave. Oslo, Norli, 1951.

Juridiske artikler

- Hagstrøm, Viggo *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold.*
Tidsskrift for rettsvitenskap. 1996 s. 421- 518
- Hellner, Jan. *Consequential loss and exemption clauses.* Oxford Journal of Legal Studies. Vår 1981; 1, s. 13- 49. (Sitert fra Oxford Journal of Legal Studies).
- Hellner, Jan. *Beräkning och begränsning av skadestånd vid köp.* Tidsskrift for rettsvitenskap. Årgang 1979 (1966), s. 290- 344
- Helset, Per *Erstatningsrett, Lov og Rett.* 1995 s. 308- 321. (Sitert fra Lovdata).
- Simonsen, Lasse. *Kreditors mangelsbeføyelser- særlig for tilvirkningskontraktene.*
Jussens Venner. 1999 s. 305- 398.
- Trolle, Jørgen *Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt august-december 1964.* U.1965 B s. 160.

Annet

Konvensjoner

FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp fra 1980. (CISG).

Standardkontrakter

- 2008 NS 8405: 2008. Norsk bygge- og anleggskontrakt.
- 2007 Norsk Fabrikasjonskontrakt av 2007.
- 2005 Standardavtale om systemutviklingsprosjekt. 4. versjon, revidert august 2005.
- 1999 Programutviklingsavtalen. Statens standardavtale om utvikling av programvare, 1999.

Nettsteder

Askheim, Lars Olav. *Store Norske Leksikon*. <http://www.snø.no/fabrikasjonskontrakt> [Sisert 11. mars 2010].

Torvund, Olav. *IT-kontrakter: Tapsposter*.

http://www.torvund.net/index.php?page=it_ktr_273 [Sisert 15. mars 2010].

